

dis autonòmics revista valenciana d'estudis autonòmics revista valenciana d'estudis autori
mics revista valenciana d'estudis autonòmics revista valenciana d'estudis autonòmics revis
valenciana d'estudis autonòmics revista valenciana d'estudis autonòmics revista valenci
d'estudis autonòmics revista valenciana d'estudis autonòmics revista valenciana d'estudis

revista valenciana d'estudis autonòmics

2017 | nº 62

Estat del
benestar i
Comunitats
Autònomes:
desafiaments i
necessitats



GENERALITAT
VALENCIANA

CONSELLERIA DE TRANSPARÈNCIA,
RESPONSABILITAT SOCIAL, PARTICIPACIÓ I COOPERACIÓ

revista valenciana
d'estudis autonòmics

2017 | nº 62

Redacció i administració:

Direcció General de Responsabilitat Social i Foment de l'Autogovern.
Conselleria de Transparència, Responsabilitat Social, Participació i Cooperació.
Passeig Albereda, 16. 46010 València
Tl. 96 192 23 44.
E-mail: rvea@gva.es

Distribució i suscripció:

Libreria de la Generalitat (LiG)
C. Navellos, 8. 46003 València
Tl. 96 392 60 80. Fax 96 391 32 73

Producció:

Tórculo Comunicación Gráfica, S. A.

ISSN: 0213-2206

Dipòsit legal: V-1172-1996

Nota de redacció: La revista no es fa responsable ni compartix necessàriament les opinions expressades pels autors, que les formulen davall la seua exclusiva responsabilitat.

Normes per a la publicació de col·laboracions en la Revista Valenciana d'Estudis Autònoms

1. *La Revista Valenciana d'Estudis autònoms* edita treballs originals sobre temes de caràcter jurídic, polític, econòmic, social i cultural, vinculats en general amb el model autòmic que vertebrava l'organització territorial de l'Estat i, en especial, amb el desenvolupament de l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana i amb la promoció i consolidació de l'autogovern d'esta.

2. Els treballs hauran de complir els requisits següents:

2.1. Amb caràcter general, les col·laboracions hauran de tindre una extensió màxima de 30 pàgines.

2.2. Els treballs es redactaran amb lletra tipus Times New Roman, grandària 12, a doble espai i amb el format que s'indica en els següents apartats.

2.3. L'estructura formal de cada col·laboració serà la següent:

a) En primer lloc figurarà el títol del treball, distingint adequadament, si és procedent, el títol principal dels possibles subtítols o frases acotades que expliquen o matisen el títol principal. Este figurarà en lletra majúscula, mentre que els subtítols i les acotacions figuraran en minúscula.

b) A continuació, alineat a la dreta, figurarà el nom complet de l'autor o de l'autora, així com la seua professió o el càrrec o lloc de treball exercit, que seran les dades identificatives que apareguen en la publicació.

c) A continuació s'inclourà un sumari, en el que apareixeran arreplegats tots els epígrafs i subepígrafs que estructuraven el treball. En la mesura que siga possible, haurà de seguir-se, per a ordenar els epígrafs i subepígrafs, un esquema basat en nombres romans, números àrabs i lletres, destacant els apartats principals en lletra majúscula.

d) El tipus de lletra "negreta" només es podrà utilitzar en els títols, epígrafs i subepígrafs; en els textos només s'utilitzarà lletra "cursiva" quan s'estime procedent per a destacar una determinada expressió.

e) Al final del text, després de la bibliografia a què s'al·ludix específicament en el següent apartat d'estes normes, s'inclourà un breu resum o abstract, amb un mínim de cent i un màxim de cent cinquanta paraules, així com una relació d'entre cinc i deu paraules clau. Tant estes com el resum es publicaran en les dos llengües oficials de la Comunitat Valenciana i en anglés. Si la persona autora del treball no facilita les traduccions corresponents, la pròpia Revista proveirà la seua realització.

2.4. Quant a la bibliografia esmentada i les notes a peu de pàgina, hauran de seguir-se els criteris següents:

a) Amb independència de les notes a peu de pàgina que cada autor o autora crega oportú inserir al llarg del seu treball, al final del mateix s'inclourà sempre una relació de la bibliografia esmentada, seguint l'orde alfabètic dels cognoms dels autors els treballs dels quals es citen i amb el mateix sistema que a continuació es ressenya per a les cites bibliogràfiques a peu de pàgina.

b) Les cites bibliogràfiques a peu de pàgina estaran unificades, seguint preferentment estos criteris:

-COGNOMS i nom de l'autor o autora, *Títol del llibre*, editorial, lloc, any i pàgina o pàgines, si és el cas.

-COGNOMS i nom de l'autor o autora, "Títol de l'article", *Títol de la Revista*, núm., any i pàgina o pàgines, si és el cas.

3. Els treballs hauran de remetre's per correu electrònic, en formats word i pdf, a esta direcció: rvea@gva.es.

4. Cada autor o autora rebrà, una vegada decidida la publicació de la seua col·laboració en la *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic*s, les proves d'impremta perquè, en el termini màxim de quatre dies des de la seua recepció, realitze les correccions que crega oportunes (destacant-les degudament sobre el document rebut) i torne el text per correu electrònic. En tot cas, estes correccions hauran de ser puntuals, mai àmplies o substancials sobre el text original inicialment proporcionat.

Normas para la publicación de colaboraciones en la Revista Valenciana d'Estudis Autònemics

1. La *Revista Valenciana d'Estudis Autònemics* edita trabajos originales sobre temas de carácter jurídico, político, económico, social y cultural, vinculados en general con el modelo autonómico que vertebra la organización territorial del Estado y, en especial, con el desarrollo del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y con la promoción y consolidación del autogobierno de ésta.

2. Los trabajos deberán cumplir los siguientes requisitos:

2.1. Con carácter general, las colaboraciones deberán tener una extensión máxima de 30 páginas.

2.2. Los trabajos se redactarán con letra tipo Times New Roman, tamaño 12, a doble espacio y con el formato que se indica en los siguientes apartados.

2.3. La estructura formal de cada colaboración será la siguiente:

a) En primer lugar figurará el título del trabajo, distinguiendo adecuadamente, si procede, el título principal de los posibles subtítulos o frases acotadas que expliquen o maticen el título principal. Éste figurará en letra mayúscula, mientras que los subtítulos y las acotaciones figurarán en minúscula.

b) A continuación, alineado a la derecha, figurará el nombre completo del autor o de la autora, así como su profesión o el cargo o puesto de trabajo desempeñado, que serán los datos identificativos que aparezcan en la publicación.

c) A continuación se incluirá un sumario, en el que aparecerán recogidos todos los epígrafes y subepígrafes que estructuran el trabajo. En la medida en que sea posible, deberá seguirse, para ordenar los epígrafes y subepígrafes, un esquema basado en números romanos, números árabes y letras, destacando los apartados principales en letra mayúscula.

d) El tipo de letra "negrita" sólo se podrá utilizar en los títulos, epígrafes y subepígrafes; en los textos sólo se utilizará letra "cursiva" cuando se estime procedente para destacar una determinada expresión.

e) Al final del texto, después de la bibliografía a la que se alude específicamente en el siguiente apartado de estas normas, se incluirá un breve resumen o abstract, con un mínimo de cien y un máximo de ciento cincuenta palabras, así como una relación de entre cinco y diez palabras clave. Tanto éstas como el resumen se publicarán en las dos lenguas oficiales de la Comunitat Valenciana y en inglés. Si la persona autora del trabajo no facilita las traducciones correspondientes, la propia Revista proveerá su realización.

2.4. En cuanto a la bibliografía citada y las notas a pie de página, deberán seguirse los siguientes criterios:

a) Con independencia de las notas a pie de página que cada autor o autora estime oportuno insertar a lo largo de su trabajo, al final del mismo se incluirá siempre una relación de la bibliografía citada, siguiendo el orden alfabético de los apellidos de los autores cuyos trabajos se citen y con el mismo sistema que a continuación se reseña para las citas bibliográficas a pie de página.

b) Las citas bibliográficas a pie de página estarán unificadas, siguiendo preferentemente estos criterios:

-APELLIDOS y nombre del autor o autora, *Título del libro*, editorial, lugar, año y página o páginas, en su caso.

-APELLIDOS y nombre del autor o autora, "Título del artículo", *Título de la Revista*, núm., año y página o páginas, en su caso.

3. Los trabajos deberán remitirse por correo electrónico, en formatos word y pdf, a esta dirección: **rvea@gva.es**.

4. Cada autor o autora recibirá, una vez decidida la publicación de su colaboración en la Revista Valenciana d'Estudis Autònomic, las pruebas de imprenta para que, en el plazo máximo de cuatro días desde su recepción, realice las correcciones que estime oportunas (destacándolas debidamente sobre el documento recibido) y devuelva el texto por correo electrónico. En todo caso, estas correcciones deberán ser puntuales, nunca amplias o sustanciales sobre el texto original inicialmente proporcionado.

Presentació de l'Honorable Vicepresidenta i Consellera d'Igualtat i Polítiques Inclusives

El sentiment de pertinença a una comunitat pot expressar-se de moltes maneres i pot estar generat per causes molt diverses. Ahí radica, precisament, la diferència fonamental entre la identitat (que no deixa de ser pròpia, íntima i subjectiva) i la nacionalitat (que és administrativa, externa i objectiva).

En el cas valencià, les reflexions sobre este sentiment de pertinença han format part de la reflexió de persones estudioses, erudites i historiadores des de fa segles. La identitat valenciana, el sentiment de pertinença del poble valencià o la mateixa existència com a tals de "valencianes" o "valencians" han sigut objecte d'estudi i matèria de controvèrsia en moltes ocasions. Més encara, els punts de vista sobre la identitat valenciana, com és ben sabut, més que generar unitat i sentiment de pertinença compartit, han servit per a generar divisió i discòrdia.

Les identitats basades en criteris ètnics, històries èpiques compartides o recerca de futurs il·lusoris generen adhesions emocionals potents, però no servixen per a cohesionar la ciutadania al voltant d'un projecte comú de vida que genere felicitat, benestar i sentiment de pertinença. Diria més, moltes voltes, les identifications basades en sentiments difusos que apel·len a l'amígdala serveixen per amagar l'absència d'identitats cíviques que generen cohesió social. Quanta més gran sol ser la bandera identitària, més buit de contingut social està la ciutadania a qui sol representar eixa bandera. Més encara, es tracta de construccions identitàries que, necessàriament, comporten l'exclusió dels "altres".

Per això el Consell treballa per generar una identitat basada en la incorporació de drets socials com a tret definitori del poble valencià. Una identitat basada en un patriotisme de la gent, que identifique com a propis estos drets i que cohesione la societat entorn a un sistema de benestar i protecció del qual les valencianes i valencians puguen sentir orgull.

Un sistema de benestar i protecció, a més, que constitucionalment correspon garantir a les comunitats autònomes, que tenen competències

plenes en estes matèries. Unes competències, dit siga de pas, que han de tindre la suficiència financera necessària per exercir-les amb rigor i en benefici de les persones. Una suficiència, a més a més, regulada per l'article 156 de la Constitució Espanyola, que estableix que les comunitats autònomes gaudiran d'autonomia financera per a acomplir i exercir les seues competències. Una autonomia financera, en definitiva, com les lectores i lectors d'esta revista saben perfectament, que fa anys que no s'ajusta a la realitat valenciana, que pateix les conseqüències d'un infrafinançament injust i inconstitucional. Un infrafinançament que, en conclusió, afecta a les persones, a les valencianes i als valencians, que veuen ressentits els serveis a què tenen dret.

No parlem d'un perjudici abstracte o teòric. És un perjudici real que, més enllà de les xifres, amaga el patiment de desenes de milers de valencianes i valencians. Un patiment que a poc a poc s'està revertint perquè s'està construint un sistema públic de protecció social, en aplicació de l'exigència constitucional i estatutària, que tindrà com a conseqüència un nou model social valencià que genere cohesió i identitat cívica.

Les conseqüències d'este nou model que entre totes i tots estem impulsant ja s'estan notant. Tots els indicadors mostren que en dos anys de legislatura les valencianes i els valencians viuen millor. I no es tracta d'una millora explicable únicament per la milloria general, si és que considerem com a milloria les estadístiques quantitatives i fem abstracció de la qualitat de la millora (encara que això seria objecte d'un altre monogràfic d'esta revista). No. Es tracta d'una milloria diferent, basada en canvis estructurals o en polítiques que van a l'arrel del problema. Així s'explica, per exemple, que la taxa de risc de pobresa haja disminuït, entre 2015 i 2016, un 3'9% en la Comunitat Valenciana mentre que al conjunt d'Espanya ha augmentat un 0'9%. O que l'indicador AROPE, que té en compte diferents variables que generen exclusió o pobresa, registre un descens relatiu anual en la Comunitat Valenciana del 3.6%, mentre que en la mitjana espanyola este descens és del 0,9%¹. Este canvi de prioritats en la inversió pública, que té com a objectiu rescatar persones, també es veu reflectit en el sistema d'atenció a persones en situació de dependència on la Comunitat Valenciana ha abandonat per primera vegada des que es fan estudis l'última posició i, a més, se la valora com la tercera

1. Encuesta de Valores de Vida del Instituto Nacional de Estadística 2016.

comunitat autònoma que més esforç inversor ha fet els últims dos anys en este àmbit².

Per això és tan important que este número de la Revista Valenciana d'Estudis Autònoms estiga dedicat als desafiaments i necessitats que planteja l'estat del benestar i les comunitats autònomes. Potser el major desafiament a què cal fer front, en moments com l'actual, és al de revertir l'imaginari col·lectiu que el dogma neoliberal ha fet calar com la pluja fina, aprofitant la conjuntura de la crisi econòmica, segons el qual els drets depenen del poder adquisitiu de cada persona. És un missatge potent que alimenta la idea que es poden exercir aquells drets que es poden pagar. L'estat del benestar es reduïx i es difumina en base a este pensament que transforma els drets, en el millors dels casos, en mercaderies i, en el pitjor, en privilegis. La primera víctima d'este pensament induït són els drets socials, els més necessaris per a la cohesió d'una comunitat, per a la igualtat i la llibertat.

Cal, per tant, que els poders públics, en este cas l'administració autonòmica, tinguem com a objectiu irrenunciable crear un marc que blinde els drets de les persones, particularment els drets socials. A això es dedica de manera sistemàtica el Consell, a través de les competències que li són pròpies. L'acció política del govern valencià en matèria de polítiques socials s'estructura entorn a unes modificacions legislatives tendents a ampliar i garantir drets, combatre les desigualtats i remoure les causes que les generen. Estes polítiques es concreten en les següents mesures normatives:

1. Llei de renda valenciana d'inclusió, en este moment en tramitació parlamentària, que té com a principal objectiu garantir uns ingressos a qualsevol ciutadà o ciutadana que li permeten una plena inclusió social. La renda valenciana d'inclusió, a través de les seues diferents modalitats, serà l'eina fonamental que combata l'em-pobriment, de manera que, a més de garantir ingressos estables i duradors per a persones i famílies vulnerables, acabe també amb l'estigmatització de la pobresa. Els projectes de vida independent de les persones han de poder-se dur a terme en condicions de normalitat i esta condició de normalitat no és possible en situa-

2. XVII Dictamen del Observatorio de la Ley 39/2006, de la Asociación Estatal de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales.

cions d'empobriment on les persones dediquen els seus esforços, en moltes ocasions, a la subsistència diària.

2. Pla valencià de cohesió i inclusió social, que diagnosticarà i analitzarà les situacions i distribució de la pobresa en la Comunitat Valenciana, de manera rigorosa, per aplicar a continuació les mesures necessàries que combaten estes situacions. Dos de les derivades més perniciosos (i més invisibles) de les situacions d'empobriment són la pobresa hereditària i la feminització de la pobresa. Segons dades de la Fundació Foessa, el 80% dels xiquets i xiquetes pobres, també seran adults pobres³. És una xifra indecent que cal atacar d'arrel. Com també cal lluitar contra el creixent empobriment material de les dones i l'empitjorament de les seues condicions de vida a través de mesures d'acció positiva i de redistribució de recursos socials.
3. Si bé és cert que les competències en matèria de polítiques socials són autonòmiques, també és veritat que els ajuntaments són l'administració més pròxima a la ciutadania, com és ben sabut. Per això s'ha engegat una política de forta municipalització a través del reforç dels serveis socials de base, amb increments molt significatius de recursos humans, materials i econòmics, multiplicant per quatre les plantilles i garantint ràtios més raonables⁴. Esta aposta per facilitar l'accés als drets de les persones també ha tingut el seu correlat amb el nou Decret que regula el reconeixement de dependència, que amplia la xarxa pública de valoracions, agilitza els procediments, millora l'accés al sistema públic de serveis i prestacions i afavoreix la promoció de l'autonomia personal⁵.
4. Quan esta revista veja la llum estarà en fase final d'elaboració una nova llei valenciana de serveis socials que substituirà l'actual de 1997. Es tracta d'una llei inclusiva, pròpia del segle XXI, que reconeixerà el dret universal als serveis socials com a propi i

3. VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España. Fundación FOESSA, Fomento de estudios sociales y de sociología aplicada.

4. En dos anys, la Comunitat Valenciana ha passat d'una persona professional per cada 13.000 habitants, a una per cada 3.000, aproximant-se en un temps rècord a les millors ràtios d'altres comunitats autònomes.

5. Decret 62/2017, de 19 de maig, pel qual s'estableix el procediment per a reconèixer el grau de dependència a les persones i l'accés al sistema públic de serveis i prestacions econòmiques (DOGV núm 8061 de 13 de juny de 2017).

inalienable de totes les persones i que canviarà la concepció assistencialista pròpia de visions caritatives de les polítiques socials per una concepció moderna de drets subjectius i abast universal que l'administració ha de garantir i procurar en qualsevol circumstància.

Totes estes mesures, més algunes que ja estan aprovades com la Llei de Polítiques Integrals de Joventut, o la "Llei Trans"⁶ i algunes que pròximament es remetraran, com la ja esmentada Llei de serveis socials o la pròxima Llei d'infància i adolescència o la nova Llei LGTBI, configuraran en la pràctica un corpus legislatiu que garantirà drets, n'ampliarà i els configurarà com a elements identificatius de les valencianes i valencians. Tot plegat constitueix un vertader codi social valencià, una compilació de drets que poden ser un element definitori de la societat valenciana del segle XXI, una societat moderna, avançada i que pot trobar en el patriotisme cívic un model d'identitat.

Per això és tan rellevant que els estudis sobre les polítiques socials i l'estat del benestar, com este monogràfic de la Revista Valenciana d'Estudis Autònoms, formen part de la reflexió política teòrica al màxim nivell. En els moments de malestar és quan més cal l'estat del benestar, el que protegeix a les persones més vulnerables, el que visibilitza als invisibles i garanteix els drets dels més fràgils. Un estat de benestar que, amb el finançament adequat i les prioritats en la inversió ben definides, pot asentar les bases d'una societat valenciana pròspera i feliç. En una societat així serà fàcil adquirir sentiments de pertinença basats en la identificació amb un país que cuida a les seues persones, que blindarà els seus drets i que convida a un futur millor per a la felicitat de tots els dies.

MÓNICA OLTRA JARQUE

Vicepresidenta i Consellera d'Igualtat
i Polítiques Inclusives de la Generalitat Valenciana

6. Llei 8/2017, de 7 d'abril, integral del reconeixement del dret a la identitat i a l'expressió de gènere a la Comunitat Valenciana (DOGV núm. 8018, d'11 d'abril de 2017).

Bienestar, autonomía y Constitución

Una Constitución normativa y democrática, a la vez, refleja cambios sociales y los prefigura. Su carácter jurídico evita que el constituyente -y los que la utilicen en su vigencia histórica- caigan en la tentación de la proclama, de hacer el retrato -condenado a la inmovilidad- de un momento particular, por importante que sus protagonistas lo consideren. Su vocación democrática debe asegurar que considere su horizonte como una realidad abierta, necesariamente plural, porque el futuro siempre es más diverso que lo que cabe en cualquier imaginación constitucional. De estas dos virtudes participó la Constitución de 1978 (CE).

A menudo se olvida que fue la primera de las españolas que reunió tal carácter de democrática y normativa. La de 1869 apenas si intuía que cosa real fuera la democracia y la de 1931, que lo identificó muy bien, se inscribió en el ciclo naciente del constitucionalismo normativo, pero los avatares de la época, los golpes de los que deseaban el caos y la ignorancia de muchos de los destinados a hacerla posible, acabaron por preparar su destino de símbolo valiosísimo pero humillado por el fascismo. Aunque sólo fuera por esta consideración la CE merece una relectura más empática que la que le ofrecen, por un lado, apasionados amantes que, al negar su reforma tras 40 años, apuestan por ahogar a la criatura, y, por otro, cultores de ensueños providencialistas que, en ningún caso, podrán encontrar una Constitución que se ajuste a la fertilidad de su fantasía.

Se defiende la Constitución, en todo caso, desde la crítica. La crítica no dogmática: la que valora por igual lo hecho y lo olvidado; la que advierte lo que permite aún y aquello en lo que ha alcanzado sus fronteras. Desde esta perspectiva la CE identificó en buena medida los cambios que la novedad cultural del momento exigía y supo incluirlos -aunque a veces de manera temerosa- en el texto, dándoles muchas veces una cobertura jurídica inimaginable en la España eterna. Por limitada que hoy se vea, lo que significó la CE en orden a favorecer la igualdad, la diversidad o una libertad materialmente entendida, fue inmenso. A menudo se olvida que aquello que no estuvo en el texto constitucional ha sido después posi-

ble mediante *su* desarrollo legislativo. ¿Puedo el constituyente haber dado algunos pasos más? Es opinable en ciertas cuestiones. Pero cuando se piensa que el *problema militar* y el *problema religioso*, auténtica pesadilla de los liberales y demócratas desde 1812, han sido superados -si bien algunos prefiriéramos un redactado más vigoroso en determinadas materias-, significa, a la vez, que la sociedad española había variado mucho y que la CE supo interpretar y confirmar esos cambios.

Pero había otros dos *problemas* enquistados en el devenir histórico: el *regional* y el *social*. En ambos casos también se enfocaban de manera muy distinta en 1975, y no sólo por algunas transformaciones sociológicas de la década española de los 60, como por cambios estructurales de alcance mundial: la descolonización, la Guerra Fría, la normalización de gobiernos socialdemócratas... El franquismo dejó como duro legado el terrorismo pero también, paradójicamente, la imposibilidad de reconstruir un discurso españolista como los de antaño, africanista y menéndezpelayista. Por otra parte los protagonistas más inteligentes y/o íntegros de la Transición fueron conscientes de que la palanca que acabó por alterar el mapa del continuismo y del primer reformismo, fueron las formidables movilizaciones protagonizadas mayoritariamente por una clase obrera que supo asociar sus intereses particulares a los de la lucha por un Estado democrático de derecho.

Por esta vía en la misma partida de nacimiento de la Constitución estuvo el diseño formal de un Estado social avanzado y un reconocimiento de la pluralidad como algo intrínseco a la realidad que se quería transformar y constitucionalizar: el Estado autonómico -nunca nombrado así en la CE- nunca fue un *añadido* a la democracia, sino algo consustancial a ella, de tal manera que era necesario buscar alguna respuesta operativa a esa diversidad o la democracia misma sería prácticamente inviable. Y lo mismo sucedía si no había una estabilización en las relaciones socio-económicas. Aunque no hubiera unos Pactos de la Moncloa autonómicos. Pero esa es otra historia.

Afianzadas estas dos realidades se produjo un hecho que quizá no estuvo previsto por los constituyentes: si el Estado autonómico tenía sentido sería porque daba respuesta a las necesidades y demandas más próximas a la ciudadanía y si el *momento social* del Estado necesitaba arraigar precisaba de fuertes dosis de descentralización instrumental. Por estas vías -casi siempre con un trazado más retorcido del que aquí puede apuntarse- se fue produciendo la simbiosis entre el desarrollo autonómico y las políticas de bienestar, fuertemente simbolizadas en la sanidad y la educación, y ampliadas luego con otras iniciativas favorables a la igualdad y la inclusión social. Si el art. 14

CE prohíbe la discriminación, el 9.2 mandata a los poderes públicos a comprometerse en la lucha contra todas las fuentes de discriminación: ese fue un mandato que, crecientemente, aunque con diferente apasionamiento, fue adoptado por las Comunidades Autónomas y, en algunos aspectos, por los Ayuntamientos. La Constitución había entregado a la ciudadanía poderosos recursos jurídicos y discursivos para *acercarse* a sus gobernantes a exigir lo que se percibía como *común*, digno de ser administrado solidariamente y con incipientes dosis de participación. Incluyendo las quejas sempiternas a sistemas que nunca alcanzan a resolver *todos* los problemas. Pero esa carga de insatisfacción es también una forma de normalidad.

Y en esa llegó la Gran Crisis. Y con la crisis el afloramiento de proyectos neoliberales. A veces, de la contradicción entre servir al Dios de las demandas ciudadanas y a la ética de la dignidad subyacente en el art. 9.2, y al demonio de unos principios triunfantes que enarbolaban la equívoca bandera de eliminar impuestos y, en nombre de la libertad, abandonar a su suerte a los más vulnerables, esperando que la *mano mágica* fuera cada vez más mágica. En esa antinomia incidió con furia las posibilidades abiertas por la disciplina financiera de la UE que golpeó a las Comunidades Autónomas -que no habían andado sobradas de errores y abusos-. Los ajustes económicos supusieron directamente debilitar al constitucional Estado social. Pero, en la *versión española* de tal ajuste eso pasó por preconizar un neocentralismo que no dudó en usar de toda una maquinaria legal y simbólica que muchas veces pasaba inadvertida para grupos de la ciudadanía, más quejosa que nunca ante los desastres de unos servicios públicos en retirada cuando más se les necesitaba, pero incrédula ante todo lo que no fuera el discurso oficial que centrifuga las culpas antes que asumir las consecuencias del neoliberalismo más dogmático.

El volumen monográfico de esta Revista pretende, ante todo, servir de recordatorio crítico de estos hechos. No se trata de despachar ideas legítimas, aunque no compartidas, sino de evidenciar la complejidad de los entornos económicos, jurídicos y culturales en los que se está desarrollando el debate entre neocentralismo, bienestar, asistencialismo, inclusión, refundación del Estado autonómico que es también el Estado social y democrático de Derecho que establece el artículo 1º de nuestra Constitución. Me parece que es una buena contribución a la reflexión. El lector dirá.

MANUEL ALCARAZ RAMOS

Conseller de Transparència, Responsabilitat Social,
Participació i Cooperació de la Generalitat Valenciana

Estudis

Derechos sociales, Comunidades Autónomas y crisis económica.
Las políticas autonómicas en materia de vivienda
Joaquín Tornos Mas 19

Estado de bienestar y sostenibilidad financiera en las Comunidades Autónomas
Luis Alfonso Martínez Giner 53

Una agenda valenciana de transformació social: un nou model social valencià
F. Xavier Uceda Maza 89

El modelo social autonómico del constitucionalismo de mercado: cuando la garantía de la igualdad real se sustituye por la del coste de financiación
Ainhoa Lasa López 123

La inspección administrativa de servicios sociales y la protección de los derechos de los vulnerables
Alba Nogueira López 151

La protecció del medi natural; l'evolució del concepte i la motivació del benestar
Fernando de Rojas Martínez-Parets 171

Claves de un nuevo pacto de estado para la transformación social
Ana Marrades 189

L'educació valenciana en l'estat de benestar
Vicent Moreno i Baixauli i Sandra Serrano i Mira 219

Big data, investigación en salud y protección de datos personales.
¿Un falso debate?
Ricard Martínez Martínez

Jurisprudència

La influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración de la acción concertada en los servicios sociales
Luis Manent Alonso 235
283

Derechos sociales, Comunidades Autónomas y crisis económica. Las políticas autonómicas en materia de vivienda

Texto de:
Joaquín Tornos Mas
Catedrático de derecho administrativo, UB

SUMARIO: I.-INTRODUCCIÓN. II.- EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1.- El derecho a una vivienda digna. 2. Políticas en materia de vivienda en época de crisis. A). Leyes anti desahucios. B). La expropiación de viviendas desocupadas. C). Las sanciones administrativas. D). El impuesto sobre viviendas desocupadas. E). Algunas otras leyes e iniciativas recientes. F). Un nuevo problema. La «okupación» de viviendas. III.-EL DEBATE COMPETENCIAL ¿CUÁL ES EL CONTENIDO DE LA MATERIA VIVIENDA A LOS EFECTOS DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS?. 1. Marco general de distribución competencial. 2. Los conflictos competenciales ante el Tribunal Constitucional. 3. La reciente conflictividad ante el Tribunal Constitucional. A). Expropiación y conflictividad competencial. B). Tipificación de infracciones y sanciones. C). Potestad tributaria. D). Procedimientos de desahucio. IV.- CONCLUSIÓN. LA NECESARIA COORDINACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LOS DIVERSOS ENTES PÚBLICOS EN MATERIA DE VIVIENDA.

I. Introducció

España se define en su artículo primero como un Estado social. La definición constitucional de España como un Estado social y democrático de derecho supone que el Estado asume la responsabilidad de garantizar a sus ciudadanos unos determinados derechos de carácter prestacional que les permitan llevar a cabo una vida digna¹. Consecuentemente con esta definición el propio texto constitucional reconoce en su articulado diversos derechos sociales. Pero este reconocimiento se hace de forma diferenciada. Así, la mayoría de derechos sociales se configuran como «principios rectores de la política social y económica», artículo 39 y siguientes, con lo que ello supone de conformidad con el artículo 53,3². Según este precepto estos derechos informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Por tanto, estos mandatos no tienen efecto directo en sentido estricto (no confieren al particular un derecho subjetivo y éste no puede exigir su aplicación al juez sin mediar una norma de aplicación) pero si tienen efecto directo en sentido amplio u objetivo, en la medida en que el principio sirve de base para el control de la ley que lo desarrolla, o puede dar lugar a demandas por inactividad³. Esto es, el contenido efectivo de estos derechos depende de lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Solo algunos otros derechos sociales, como el de la educación, se sitúan dentro de los derechos y deberes de los ciuda-

1. Para RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M. La administración del Estado social, Marcial Pons, Madrid 2007, pág. 27 y ss. la definición de España como Estado social implica la ayuda al individuo en la necesidad y la pobreza y la responsabilidad estatal con respecto a un mínimo existencial adecuado a la dignidad de la persona; más igualdad mediante la superación de las diferencias sociales y control sobre las relaciones de dependencia; seguridad social frente a riesgos y contingencias vitales, y responsabilidad estatal de contribuir a la creación de una situación económica que permita la participación de todos en el bienestar Pág. 23. Según el mismo autor por Estado social entendemos el conjunto de actividades que forman parte de la Administración prestadora social, es decir, las prestaciones dirigidas a satisfacer directamente necesidades o carencias personales, esto es, seguridad social, sanidad, educación y asistencia social, pudiendo ampliarse a las prestaciones vinculadas a algunos otros «derechos» reconocidos más recientemente como el derecho a una vivienda digna. pág. 63 y ss y 90 y ss.

2. Vid. ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, 2ª edición. CEC, Madrid, 2007. Según este autor, pág. 67, «los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por el contrario, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no».

3. Sobre la dimensión objetiva de los derechos sociales vid. GAVARA DE CARA, J.C. La dimensión objetiva de los derechos sociales. Bosch editor, Barcelona 2010. Para este autor los mandatos constitucionales articulados en obligaciones jurídicas objetivas permiten deducir derechos subjetivos que se ejercerán como demandas por inactividad, negligencia o reversibilidad de medidas públicas que infrinjan el mandato constitucional.

danos, artículo 27, lo que confiere a este derecho el valor de verdadero derecho subjetivo, estando incluso protegido este derecho con el recurso de amparo.

Pero a su vez la Constitución define a España como un Estado autonómico, que reconoce y ampara la diversidad de sus Comunidades Autónomas a las que reconoce el ejercicio de las competencias materiales que hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía a través de leyes y otras disposiciones.

Esta remisión al legislador para concretar el contenido de los derechos sociales, y el hecho de que exista una pluralidad de legisladores, ha planteado dos importantes problemas jurídicos⁴. Por un lado el debate sobre si las Comunidades Autónomas pueden o no declarar derechos, deberes y principios

4. La remisión al legislador para la concreción de los «derechos» prestacionales reconocidos en la Constitución ha planteado otro importante problema de alcance general para todos los legisladores. Nos referimos a la relación entre el mandato constitucional y la discrecionalidad del legislador respecto a la posible o no reversibilidad de lo reconocido por un legislador determinado, problema especialmente delicado en tiempos de crisis económica. Sobre esta cuestión, vid. HACHEZ, I. Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative. Ant. N. Sakoulas/Bruylant/Nomos Verlagsgesellschaft, Atenas, Bruselas, Baden-Baden, 2008 ; PAREJO ALFONSO, L. Estado social y administración pública, Civitas, Madrid, 1983; El Estado social Administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos, RAP 153, 2000, pág. 224; Estado social y Estado del bienestar a la luz del orden constitucional, en VVAA La estructura del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes. Directores Muñoz Machado-García Delgado-González Seara. Civitas, Madrid 2002. TR FERNÁNDEZ, Las garantías de los derechos sociales, en VVAA Las estructuras del bienestar en Europa. Directores Muñoz Machado-García Delgado-González Seara. Civitas, Madrid 2000., pág. 468; COBREROS MENDAZONA, E. Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado, RVAP, 19, 1987 ; RODRIGUEZ SANTIAGO, JM. Op.cit. pág. 49; VAQUER CABALLERIA, M. Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad, en Informe Comunidades Autónomas 2011, IDP, Madrid 2012, pág. 77. GAVARA DE CARA, JC. La dimensión objetiva de los derechos sociales. Bosch editor, Barcelona 2010, pág. 58. DE MIGUEL BÁRCENA, J. Los derechos sociales y sus garantías en el ordenamiento constitucional español, Teoría y derecho, nº 9, primer semestre 2011, pág. 133. TORNOS MAS, J. Crisis del Estado de bienestar: el papel del derecho administrativo, en el vol.col. Coordinado por Piñar Mañas, Crisis económica y crisis del Estado de bienestar. El papel del derecho administrativo, ed. Reus, Madrid 2013, pág. 171-217. PONCE SOLÉ, J. El derecho y la (ir)reversibilidad de los derechos sociales de los ciudadanos, INAP, Madrid 2013. CANTERO MARTÍNEZ, J. Prestaciones sanitarias (un difícil equilibrio entre la sostenibilidad económica del modelo y su sostenibilidad social), en vol. Col., Director Ezquerro Huerva, A. Crisis económica y derecho administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica, Thomson Reuters Aranzadi, CIZUR Menor, 2016, pág. 209 y ss, y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. La administración al servicio de la justicia social, Iustel, Madrid 2016, págs. 26, 49 y 109 y ss.

en sus Estatutos de Autonomía⁵ y, por otro, el problema entre igualdad de condiciones básicas en el contenido de los derechos y desigualdades a partir de la normativa autonómica de configuración de los derechos sociales. A estos dos problemas añadiremos un tercero, que centrará nuestra reflexión. Se trata de analizar cómo puede ejercerse una política eficaz en materia de vivienda en un Estado compuesto, y en qué medida juegan los diferentes títulos competenciales en manos del Estado y de las Comunidades Autónomas cuando se quiere intervenir en materia de vivienda.

En este trabajo, como hemos apuntado, nos interesa plantear la cuestión relativa a cual es la relación entre el legislador estatal y el autonómico en el ejercicio de sus respectivas competencias en la configuración de los derechos sociales en una situación de crisis económica y, en concreto, en relación a la determinación del contenido del derecho a una vivienda digna. Las Comunidades Autónomas, de conformidad con nuestro sistema constitucional que remite a los Estatutos de Autonomía la asunción de las competencias propias en el marco de lo dispuesto en el artículo 149,1 de la Constitución, asumieron las competencias de desarrollo normativo y ejecución en relación a la mayoría de los derechos sociales reconocidos en la Constitución, como sanidad, vivienda, servicios sociales. De esta forma el Estado se reservaba la determinación de los contenidos mínimos prestacionales y descentralizaba de forma general las tareas de gestión de estos servicios, colocando de este modo a las Comunidades Autónomas como administraciones responsables ante los ciudadanos.

Esta asignación competencial planteó un primer problema en torno a la forma de establecer la relación entre autonomía e igualdad de los ciudadanos, teniendo en cuenta de forma principal el artículo 149,1.1 que atribuye al Estado la competencia para establecer la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. En términos generales puede decirse que se ha admitido que la autonomía política de las Comunidades Autónomas les permite llevar a cabo políticas públicas diversas en relación a derechos prestacionales

5. Sobre esta cuestión pueden consultarse, como ejemplo de posturas divergentes, los trabajos de BARCELÓ, M. La contribución de las Comunidades Autónomas al reconocimiento y regulación de los derechos sociales, en *Lex Social, Revista de derechos sociales* 1/2011, julio-diciembre 2011, y TORRES MUÑOZ, J. Derechos sociales y Comunidades Autónomas, *Foro Nueva época*, vol. 15, 1-2012. Vid. también el trabajo de BALAGUER CALLEJÓN, F. Los derechos sociales en los nuevos Estatutos de Autonomía, en el vol. Col. La actualidad de los derechos sociales, ARARTEKO, febrero 2008, págs. 11 a 27.

como vivienda, sanidad o servicios sociales⁶. El Tribunal Constitucional ha establecido que al Estado le corresponde establecer y garantizar las prestaciones básicas que deben ser iguales en todo el Estado mientras que las Comunidades Autónomas pueden ampliar lo establecido por el Estado. A partir de este esquema general las Comunidades Autónomas han legislado de forma abundante en materia de derechos sociales⁷. Nada impide, en principio, que respetando lo dispuesto en el artículo 149,1-1 de la Constitución las Comunidades Autónomas establezcan sus propias políticas diferenciadas en aquellas materias que sean de su competencia, y que ello pueda dar lugar a una diversidad de contenidos protegidos en las diferentes Comunidades Autónomas⁸.

Esta doctrina general, que reconocería por tanto a las Comunidades Autónomas un amplio margen normativo para configurar el contenido de los derechos sociales reconocidos en la Constitución, se complica cuando se llevan a cabo políticas concretas y entran en juego una pluralidad de títulos competenciales. Esta compleja realidad se ha puesto de manifiesto cuando ante la grave crisis económica que ha azotado a España las Comunidades Autónomas han tratado de dar repuesta a los problemas de sus ciudadanos diseñando políticas de intervención tendentes a proteger sus derechos sociales. Ya no se trata sólo del juego entre la norma estatal básica que define un derecho o que fija las condiciones básicas para su ejercicio, y las normas que se dicten para su desarrollo. En el momento en que se quiere diseñar desde la Comunidad Autónoma una concreta política con la que dotar de contenido a las necesarias prestaciones que den contenido al derecho, se constata que se requieren diversas palancas

6. Esta diversidad se manifiesta en las distintas políticas públicas llevadas a cabo por la Comunidades Autónomas. Vid. Al respecto el libro colectivo dirigido por GALLEGÓ, R, *Descentralización y desigualdad en el Estado autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016 , y las diversas aportaciones en relación a los servicios de sanidad, educación y dependencia.

7. Vid. Al respecto BARCELÓ, M. op.cit.

8. La correcta interpretación del alcance de lo establecido en el artículo 149,1-1 de la Constitución, y la distinción entre bases y condiciones básicas es sin duda un tema complejo, que ha dado lugar a un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en el que tampoco vamos a entrar. Diremos simplemente que según las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 y STC 173/2012, de 15 de octubre, FJ 5 a), se puede afirmar que el artículo 149.1.1 CE «no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho».

normativas, y estas pueden estar atribuidas tanto al Estado como a la Comunidad Autónoma⁹.

El caso del derecho a la vivienda y las políticas autonómicas es un buen ejemplo. De hecho no existe una definición básica del contenido de este derecho (como sí existe en relación al derecho a la educación o a la sanidad), ya que este derecho no existe en la legislación estatal como verdadero derecho prestacional exigible a los poderes públicos. El legislador autonómico parece, pues, gozar de un amplio campo de actuación para definir el desarrollo del mandato constitucional. Pero cuando decide actuar, como veremos en este trabajo, se encuentra con unos importantes condicionantes competenciales. La Comunidad Autónoma puede crear el derecho subjetivo a una vivienda digna, o puede diseñar políticas a favor del acceso y el mantenimiento de la vivienda. Pero el Estado elabora planes de vivienda, y además es quien posee la competencia para intervenir en la regulación procesal sobre créditos hipotecarios y medidas de defensa del deudor, quien puede regular los procedimientos de lanzamiento o como se ha planteado recientemente, puede adoptar medidas para favorecer el lanzamiento de los «okupas» mafiosos de viviendas públicas en defensa de los que obtuvieron legalmente la vivienda de alquiler social. Del mismo modo, las intervenciones a través de medios coactivos para hacer realidad la función social de la propiedad de viviendas urbanas (el ser destinadas a vivienda), como la expropiación, sanción o exigencia de impuestos, choca igualmente con las competencias estatales en estas materias. Las Comunidades Autónomas no pueden desconocer esta realidad competencial.

La realidad, por tanto, nos demuestra que en el ejercicio de las respectivas competencias el carácter exclusivo con que las mismas puedan ser definidas se diluye. La competencia atribuye un título de intervención, pero su ejercicio requerirá en la mayoría de casos contar con el titular de otras competencias conexas. Y por tanto habrá que buscar los cauces para articular esta colaboración de modo que se respeten los respectivos ámbitos competenciales y se logre la mejor definición posible de las normas de intervención.

9. La relación que debe observarse por el legislador autonómico respecto del legislador estatal, en la configuración de los diferentes derechos sociales, no es idéntica, pues dependerá de los títulos competenciales aplicables a cada materia. Vid. de nuevo BARCELÓ, M. op.cit. pág 31 y ss.

II. El derecho a una vivienda digna y la actuación de las administraciones públicas

1. El derecho a una vivienda digna

El artículo 47 de la CE establece que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Algunos Estatutos de Autonomía, como el catalán, han reconocido también este derecho. Así el artículo 26 del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006 establece que «las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna, para lo cual los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la ley determine»¹⁰. Más adelante, su artículo 47 dispone que «los poderes públicos deben facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados».

Lo cierto es que nos encontramos con unos preceptos constitucionales y estatutarios que si bien hacen mención a un derecho, en verdad configuran un principio rector, un mandato dirigido al legislador. A pesar de la directa vinculación entre el derecho a una vivienda digna y el principio de dignidad humana, lo cierto es que el derecho a la vivienda no está conformado en nuestro texto constitucional como un verdadero derecho subjetivo. Los preceptos antes citados, Constitución de 1978 y Estatuto de Autonomía de Cataluña, no configuran un verdadero derecho subjetivo a una vivienda digna. Un derecho subjetivo supone el reconocimiento en una norma de una acción para exigir de un tercero un comportamiento concreto o una abstención, acción que además debe estar amparada por un Tribunal que puede imponer al tercero la acción o la omisión que se reclama. En el caso de un derecho de prestación la norma debe contener la definición de lo que se puede pedir y la acción en caso de que el obligado a realizar la prestación no la lleve a cabo.

Pues bien, a nuestro entender ni la norma constitucional ni la estatutaria a que hemos hecho referencia reconocen a los ciudadanos españoles o catalanes la acción para exigir de la Administración una vivienda. Las

¹⁰. Otros preceptos similares, en los que también se dirigen mandatos al legislador, se contienen en los artículos 19 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, artículo 27 del Estatuto de las Islas Baleares, artículo 25 del Estatuto de Andalucía, artículo 27 del Estatuto de Aragón y artículo 17 del Estatuto de Castilla y León.

normas citadas se han construido como principios rectores que deben guiar la actuación de los poderes públicos. Son, como ya hemos dicho, mandatos de optimización. No se dan en estas normas las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediata que permitiría reconocer la existencia de un derecho subjetivo (STC 247/2007 de 12 de diciembre, FJ 13,B)¹¹. El margen normativo que posee el legislador autonómico es en principio muy amplio. Puede reconocer un verdadero derecho subjetivo, definir su contenido y sus garantías, o puede llevar a cabo políticas que tiendan a garantizar el acceso a la vivienda y a evitar que se pueda perder el derecho a ocupar una vivienda. Pero si bien la materia «vivienda» puede concebirse como una materia de competencia autonómica en virtud de su asunción como competencia exclusiva por los Estatutos Autonómicos, la realidad demuestra cómo sobre esta materia incide también el legislador estatal, y no sólo a través del artículo 149,1.1, sino a través de la regulación de competencias estatales que inciden en las políticas de vivienda. Así, urbanismo y regulación del derecho de propiedad, expropiación forzosa, ordenación de la economía o normas procesales civiles como las relativas a los procedimientos hipotecarios y desahucios.

2. Políticas en materia de vivienda en época de crisis

La crisis económica ha incidido de forma muy directa en las políticas y las normas que se han ocupado de regular este «derecho» de acceso o mantenimiento en la vivienda. Entre 2008 y 2015 la inversión en materia de vivienda descendió un 55% en los presupuestos generales del Estado, situándose el gasto en vivienda en el 43% de la media de la UEM. Según datos proporcionados por el CGPJ entre 2008 y 2013 en el Estado espa-

11. Sobre el valor del artículo 47 de la CE, y la existencia o no de un derecho subjetivo al acceso a la vivienda, existe un amplio debate. Pueden consultarse al respecto los siguientes trabajos: GÓNZALEZ ORDOVÁS, El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socio-económico complejo, Dykinson, Zaragoza 2013; LÓPEZ RAMÓN, F. Coordinador, Construyendo el derecho a la vivienda, Marcial Pons Madrid 2010; PONCE-SIBINA, Coordinadores, El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo, Marcial Pons 2008; TEJEDOR BIELSA, Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria (de la propiedad al alquiler y la rehabilitación). La Ley, Madrid 2012; VAQUER CABALLERIA, M. La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España, Iustel, Madrid 2011.

ñol se han producido casi 500.000 ejecuciones hipotecarias¹². Ante esta situación el Estado y las Comunidades Autónomas han tratado de dar respuestas legislativas y poner en marcha planes de actuación de diverso signo, mientras que los entes locales se han debido enfrentar directamente a las peticiones de los ciudadanos y han tenido que incrementar sus dotaciones para alquileres sociales, viviendas de protección oficial y políticas de atención a los sin techo de sus servicios sociales.

El legislador estatal, en el artículo 4,ª del RDL 2/2008 de 20 de junio, establece que «todos los ciudadanos tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido o inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente

12. Tomo los datos del trabajo de PONCE, J. El derecho subjetivo a la vivienda exigible judicialmente: papel de la legislación, análisis jurisprudencial y gasto público, en VAQUER-PONCE-ARNAIZ. Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2016, pág. 62. Vid. también VAQUER CABALLERÍA, M. Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital, en El Cronista del Estado social y democrático de derecho, nº 48, noviembre 2014. Sobre esta cuestión se ha vuelto a pronunciar PONCE, J. en su trabajo «La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional», en el libro colectivo, Coordinado por Moltó Darner y Ponce Solé, J. Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor 2017, pág. 61 a 71. Ponce concluye que el derecho a la vivienda establecido en el artículo 47 de la Constitución no es programático y que se configura como un auténtico derecho subjetivo, exigible judicialmente, del que se derivan correlativas obligaciones jurídicas para los poderes públicos. Pero lo cierto es que este derecho subjetivo lo configura como un derecho no de resultados sino de medios, por lo que como tal tan sólo puede imponer obligaciones de medios, esto es, imponer una actividad en una determinada dirección (lo que podemos identificar con un mandato de optimización). En este caso la actividad exigible sería precisamente la creación del derecho subjetivo a la vivienda, actividad que corresponde al legislador. Y por ello la efectividad de este derecho de medios es discutible, pues los ciudadanos no pueden imponer obligaciones de hacer al legislador. Consecuentemente creemos que debe mantenerse la tesis de que no existe un derecho subjetivo a la vivienda, pues a falta de previsión legal no hay acción jurídica posible para imponer a la Administración la obligación de otorgar una vivienda, en propiedad o en alquiler social, a quien no la tiene. Lo que existe, en su caso, como decimos en la nota 3 de este trabajo, es una dimensión objetiva de los derechos sociales que podría legitimar a impulsar en los Parlamentos acciones a favor de aprobar leyes que reconocieran el derecho subjetivo y que permitieran oponerse a aquellas que limitaran de forma desproporcionada las medidas a favor de este derecho. Si existiera este derecho en nuestro ordenamiento de lo que estaríamos tratando sería de los procedimientos para hacerlo efectivo, y de las sentencias de condena a parte de los Tribunales para imponer a la Administración la efectividad de este derecho. En último término el mismo autor, Ponce Solé, no puede dejar de reconocer que el derecho a una vivienda como derecho a exigir esta prestación, no existe. Así, en la página 63 de su trabajo afirma que «tampoco cabe derivar del artículo 47 un derecho a tener en propiedad una vivienda y una correlativa obligación jurídica de resultado de los poderes públicos de garantizarnos mediante actividad de hacer el disfrute de tal bien». Pues bien, este y no otro es el contenido del derecho subjetivo a una vivienda. Si esto no se tiene, no existe el derecho subjetivo a una vivienda. Se tendrá en su caso otra cosa, como ya hemos dicho, el derecho a solicitar que se cree el derecho a la vivienda.

y un paisaje adecuados». Pero la ley no contiene después los elementos necesarios para entender que existe un verdadero derecho subjetivo al acceso a la vivienda, ya que ni se determina quién será el titular del derecho, quién el obligado a garantizarlo, cuál será el contenido de esta prestación debida, y qué acción podrá utilizarse para exigir esta obligación de resultado. El legislador autonómico, por su parte, tampoco ha construido verdaderos derechos subjetivos al acceso a la vivienda¹³.

La crisis ha sido especialmente visible a través de los casos de lanzamiento por impago de las hipotecas, lo que se ha convertido en un problema de gran relevancia social. Ante la dureza de la crisis económica y el incremento de los desahucios por impago de hipotecas o de alquileres, los Gobiernos autonómicos han optado por ejercer sus competencias en materia de vivienda y protección de los usuarios y consumidores con el fin de facilitar el acceso a la vivienda y evitar la pérdida de la misma por impago de las hipotecas.

Junto a ello, y a partir de la nueva configuración de la función social de la propiedad en el caso de la propiedad de viviendas¹⁴, las Comunidades

13. Hasta hace poco el único caso había sido la ley de garantías en el acceso a la vivienda de Castilla la Mancha de 1/2011 de 10 de febrero, que reconocía a todas las personas inscritas en el Registro de Demandantes de Vivienda con protección pública de Castilla la Mancha el derecho a una vivienda protegida, y establecía el mecanismo para hacer efectivo este derecho. La citada Ley fue derogada, poco después de entrar en vigor, por la disposición derogatoria 2.a de la ley 1/2012 de 21 de febrero. Derogación debida a la situación de crisis financiera y a la imposibilidad de hacer realidad el reconocimiento legal del derecho a una vivienda. En este tema la novedad es la ley 3/2015 de 18 de junio de Vivienda del País Vasco, ya que esta ley, aunque con algunas cautelas, sí que configura el derecho a la vivienda como un verdadero derecho subjetivo. La Exposición de Motivos de la ley nos dice lo siguiente: «Se destaca el explícito reconocimiento, y como derecho subjetivo, del derecho a la ocupación legal estable de una vivienda a favor de quienes, no disponiendo de una vivienda digna y adecuada en la mencionada acepción, carecen de los recursos económicos precisos para conseguir una vivienda....Como tal derecho se atribuye a sus titulares el recurso a la vía jurisdiccional precisa para hacerlo efectivo allí donde sea incumplido por los poderes públicos obligados, en una previsión inédita en la legislación española hasta este momento». Se añade que la ley «establece también los requisitos que deben cumplir aquellos solicitantes a quienes se les reconoce el derecho subjetivo, determinándose los criterios para implantar una entrada gradual del citado derecho, que se irá definiendo reglamentariamente, de modo que se proceda a una progresiva ampliación en el número de sus destinatarios en función de que así lo hagan posible los recursos económicos y los alojamientos disponibles para tal finalidad». Y por último, se señala que «en lo que respecta al mencionado derecho subjetivo, aun cuando su satisfacción puede realizarse a través de todos los modos legales al alcance de la Administración, esta norma legal opta por otorgar preferencia al alquiler como la forma más adecuada y más justa de resolverlo».

14. Sobre la nueva configuración de la función de la propiedad en relación a la propiedad de las viviendas, vid. recientemente BARRAL VIÑALS, I. La función social de la vivienda y la propiedad habitacional: límites impuestos a los propietarios de pisos vacíos, y MOLTÓ DARNER, JM. Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI, en el libro colectivo Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento, Coordinadores Moltó Darner- Ponce Solé, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 92 a 105.

Autónomas han desarrollado diversas formas de actuación de carácter imperativo sobre los propietarios de viviendas desocupadas. Imposición de impuestos, sanciones o incluso expropiación de viviendas desocupadas, todo ello fundamentado en el incumplimiento de la función social de la propiedad. Estas actuaciones tratan de favorecer el acceso a la vivienda a través de políticas basadas en la actuación coactiva sobre los titulares privados de viviendas, con el fin de lograr que con estas medidas coactivas los propietarios decidan situar las viviendas en el mercado, de modo tal que la mayor oferta permita bajar los precios, evitando así que la vivienda construida sea un producto de libre disposición que permita su uso especulativo. De este modo los poderes públicos actúan a favor del acceso a la vivienda sin tener que recurrir a fondos públicos, muy escasos, ni poner en marcha políticas públicas de construcción y gestión de viviendas.

Por otro lado, los problemas vinculados a la posible pérdida de la vivienda por impago del alquiler o del crédito hipotecario, han dado lugar a intervenciones normativas con el fin de permitir poder hacer frente a estas situaciones, en particular en el caso de los créditos hipotecarios¹⁵.

De este modo nos encontramos con una pluralidad de actuaciones que tienen un fin común, actuar en el sector de la vivienda con el fin de garantizar el acceso a la misma y evitar, en su caso, la pérdida del disfrute de una vivienda. Estas actuaciones se han llevado a cabo tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas.

A. Leyes anti desahucios

El problema de la vivienda no sólo es la dificultad de poder acceder a una vivienda digna. La crisis, y la situación de sobreendeudamiento de muchas familias, ha supuesto que la pérdida de la vivienda como consecuencia de los desahucios se convirtiera en un problema social de primera magnitud. El hecho de que en muchos casos los desahucios se llevaran a efecto por entidades bancarias rescatadas con fondos públicos incrementó la reputación social a este tipo de actuaciones.

Frente a ello el legislador estatal reaccionó aprobando el Real Decreto ley 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Se estableció la preferencia en el régimen de ayudas a los inquilinos para las personas que como consecuencia de una ejecución hipotecaria o de una dación en pago hubieran perdido su vivienda habitual y se aprobó un Código de Buenas Prácticas, voluntario para las entidades financieras, según el cual en caso de dación en pago de la vivienda el

15. Sobre este conjunto de medidas, vid. el libro colectivo dirigido por BARRAL, I. y TORNOS, J. Vivienda y crisis: ensayando soluciones, Jornadas celebradas en Barcelona 19 y 20 de noviembre de 2014, UB-Registradores de Catalunya, Barcelona 2015, y ALONSO PÉREZ, M^ªT. Directora, Vivienda y crisis económica, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

inquilino podía permanecer en la vivienda como inquilino durante un período de dos años, pagando una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Las Comunidades Autónomas también trataron de dar respuestas propias a este grave problema social. La Ley 24/2013, de 2 de julio, de Navarra, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda, la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, la Ley de Cataluña 24/2015, fruto de una iniciativa popular, el Decreto ley de Aragón 3/2015 de 15 de diciembre y la ley de Extremadura 7/2016. Las citadas leyes se impugnaron ante el Tribunal Constitucional y la suspensión automática se ha mantenido en virtud de los Autos del Tribunal Constitucional 69/2014, de 10 de marzo (Navarra), 115/2014, de 8 de abril (Andalucía) 135/2015, de 21 de julio, Canarias, 160/2016 (Cataluña)¹⁶, y el de 31 de enero de 2017 (Aragón). La ley de Extremadura no se ha impugnado¹⁷.

Las leyes autonómicas, de contenido similar, prevén medidas para la resolución del sobreendeudamiento de los deudores hipotecarios mediante la creación de un procedimiento extrajudicial gestionado por comisiones de sobreendeudamiento, contemplan medidas dirigidas a evitar los desahucios de la vivienda habitual, entre las que se encuentra la que consiste en imponer a determinadas personas jurídicas (singularmente las entidades financieras) la obligación de ofrecer un alquiler social (por un periodo mínimo de tres años) a personas o unidades familiares que no tengan una alternativa propia de vivienda y que estén dentro de los parámetros de riesgo de exclusión social, facultan a la administración para imponer a determinadas personas jurídicas (lo que de nuevo afecta singularmente a las entidades financieras) la cesión obligatoria de las viviendas vacías de las que sean propietarias (expropiación temporal forzosa del uso de la vivienda), por un periodo de tres años e incorporarlas a un «fondo de viviendas en alquiler para políticas sociales», en beneficio de las personas en situaciones de riesgo de exclusión residencial definidas por la propia Ley, y finalmente, introducen un derecho de retracto en cuya virtud, en caso de cesión de un crédito garantizado con la vivienda del deudor, este

16. Los Autos que mantienen la suspensión cuentan con los votos particulares de la **Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos.**

17. En materia de vivienda y políticas anti desahucios la ley Extremeña no impone la mediación y se limita a incorporar el asesoramiento y la mediación e intermediación hipotecaria a los fines del Instituto de Consumo de Extremadura.

podrá liberarse de la deuda abonando al cesionario el precio que este haya pagado más los intereses legales y los gastos que le haya causado la reclamación de la deuda.

B. La expropiación de las viviendas desocupadas

La intervención expropiatoria sobre viviendas vacías se regula la ley andaluza 4/2013 de 1 de octubre, ley que es fruto de la tramitación como ley del Decreto Ley 6/2013 de 9 abril, así como en el Decreto andaluz 6/2013 de 9 abril¹⁸. También la ley foral de Navarra 24/2013 de 2 de julio recoge, en términos muy similares, el ejercicio de la potestad expropiatoria sobre viviendas desocupadas¹⁹.

C. Las sanciones administrativas

La Administración también ha hecho uso de su potestad sancionadora con el fin de tratar de lograr que se cumpla la función social de las viviendas urbanas, es decir, que se destinen a ser utilizadas como residencia. Por ello se sanciona al propietario que mantiene su vivienda desocupa-

18. Sobre el Decreto ley andaluz 6/2013 pueden consultarse: CARRASCO-LOZANO.- Decreto ley 6/2013 de 9 de abril para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda de Andalucía: una nota de urgencia. Centro de Estudios de Consumo, 2013; MARTÍN VALDIVIA, SM. El Decreto ley andaluz de vivienda 6/2013 ¿Romanticismo, propaganda o función social legítima? Revista Aranzadi de Urbanismo y edificación 28, mayo-agosto 2013; Díez CADÓRNIGA, J. El Decreto ley andaluz 6/2013 sobre viviendas: ¿un adecuado instrumento de política social? El Notariado del S. XXI, nº 52, 2013.

19. Con anterioridad la ley catalana del derecho a la vivienda 18/2007 de 28 de diciembre había introducido también la potestad de expropiar viviendas no ocupadas en los apartados 6 y 7 de su artículo 42. No obstante, estos párrafos fueron derogados por la ley 9/2011. Los párrafos derogados establecían que: «6. Una vez se hayan puesto a disposición de los propietarios todas las medidas de fomento que establecen los apartados anteriores, en los ámbitos declarados como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, la Administración puede declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad y acordar el alquiler forzoso de la vivienda. La declaración del incumplimiento debe realizarse mediante un expediente contradictorio, de acuerdo con establecido por la normativa de procedimiento administrativo, en el cual deben detallarse las vías de fomento específicas que se hayan puesto a disposición de la propiedad para facilitarle el alquiler de la vivienda.

En el acuerdo de declaración debe advertirse asimismo que, una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración, si no se ha corregido la situación de desocupación, por causa imputable a la propiedad, la Administración puede expropiar temporalmente el usufructo de la vivienda, por un periodo no superior a cinco años, para alquilarla a terceros. 7. El procedimiento de expropiación temporal del usufructo a que se refiere el apartado 6 debe ajustarse a lo establecido por la legislación urbanística y por la legislación de expropiación forzosa. En la determinación del precio justo de la expropiación deben deducirse los gastos asumidos por la Administración en la gestión y en las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda. La resolución que ponga fin al procedimiento debe determinar la forma en que los propietarios pueden recuperar el uso de la vivienda una vez transcurrido el plazo de expropiación temporal».

da²⁰. Así, por ejemplo, en la ley catalana 18/2007 de 28 diciembre del derecho a la vivienda y las leyes andaluza 4/2013 y la foral Navarra 24/2013.

D. El impuesto sobre las viviendas desocupadas

La tercera forma de actuación, de nuevo sustentada en la nueva concepción de la función social del derecho de propiedad, es el recurso a la potestad tributaria. En este punto cabe hacer referencia a la ley catalana 14/2015 de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y a la Ley 3/2012²¹. Esta disposición crea un nuevo impuesto de ámbito autonómico que nace con el objetivo de reducir el stock de viviendas vacío y aumentar la disposición a alquiler social. El impuesto se configura como un gravamen al incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer vacías de forma continuada.

Los sujetos pasivos son las personas jurídicas propietarias de viviendas vacías sin causa justificada durante más de dos años, así como también las personas jurídicas titulares de un derecho de usufructo, de un derecho de superficie o de cualquiera otro derecho real que otorgue la facultad de explotación económica de la vivienda.

La **base imponible** del impuesto se constituye por el **número total de metros cuadrados de las viviendas desocupadas** sujetas al impuesto

20. Vid. al respecto, MOREU, E. Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social, en la obra colectiva dirigida por MT Alonso Pérez, antes citada, pág. 389 a 396.

21. El posible recurso a medidas de naturaleza tributaria para favorecer la ocupación de viviendas desocupadas se contempla ya en el artículo 72.4 del RDL 2/2004 de 5 de marzo, Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. El citado precepto establece la posibilidad de que los entes locales apliquen un recargo del 50% de la cuota líquida del impuesto sobre bienes inmuebles a aquellos inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente. El problema es que la eficacia de esta previsión legal requiere contar con el desarrollo reglamentario de lo que tan sólo se prevé genéricamente en el texto legal, y varias sentencias han declarado que este desarrollo reglamentario está reservado a Real Decreto del Gobierno del Estado, sin que sea posible que la ordenanza local complemente directamente la ley de haciendas locales. La ley catalana del derecho a la vivienda 18/2007 de 28 de diciembre, en su disposición adicional cuarta, trató de impulsar la actuación del Gobierno del Estado estableciendo que *«el Gobierno de la Generalitat debe impulsar las actuaciones necesarias para que el Gobierno del Estado apruebe el reglamento que permita hacer efectiva la disposición de la ley del Estado 39/1988 reguladora de las haciendas locales, en lo que concierne al establecimiento por parte de los ayuntamientos de un posible recargo del impuesto sobre bienes inmuebles sobre las viviendas vacías o permanentemente desocupadas en un municipio respectivos. También pueden efectuarse bonificaciones a los propietarios de viviendas vacías que las pongan a disposición del mercado de alquiler»*. Ante la inactividad del Gobierno del Estado para hacer realidad la previsión de la ley de haciendas locales, el Gobierno catalán decidió impulsar su propia política tributaria con el fin de crear un impuesto con fines no fiscales que gravara el incumplimiento de la función social de la vivienda y que tratara de favorecer la puesta en el mercado de un número significativo de viviendas desocupadas

del que es titular el sujeto pasivo en la fecha de devengo del impuesto (31 de diciembre).

E. Algunas otras leyes e iniciativas recientes

Recientemente se han aprobado algunas nuevas disposiciones legales en la materia, con las que en algún caso se trata de evitar los problemas de inconstitucionalidad de normas anteriores. Así, la ley catalana 4/2016 de 23 de diciembre de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial²². Por su parte el Parlamento de Extremadura aprobó la ley 2/2017 de 27 de febrero de emergencia social de la vivienda, en la que se contienen las medidas expropiatorias, sancionadoras e impositivas que ya vimos contenían otras leyes autonómicas y que han sido objeto de conflictos ante el Tribunal Constitucional. Todo hace pensar que diversos preceptos de esta ley pueden acabar ante el Tribunal Constitucional y suspendidos en su eficacia.

También pueden destacarse otras iniciativas, como el anteproyecto de ley andaluz por el que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de vivienda, mediante la modificación de la ley reguladora del derecho a la vivienda y la ley de medidas para la vivienda protegida y el suelo, o las propuestas de resolución aprobadas en el Parlamento de Navarra el 9 de abril de 2017. Entre ellas la propuesta en la que se insta al Gobierno de Navarra a exigir al Estado que levante la suspensión de la Ley Foral 24/2013 de 2 de julio de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, la propuesta en la que se insta al Gobierno de Navarra a seguir adoptando medidas para el fomento de la Bolsa de Alquiler o la propuesta en la que se insta al Gobierno de Navarra a impulsar, favorecer y generar las condiciones necesarias para la consecución de los objetivos del Acuerdo Programático en materia de vivienda y en materia de pobreza energética.

22. Como dice su exposición de motivos, «La Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, fruto de una iniciativa legislativa popular, estableció medidas que tenían por objeto proteger a las personas más desfavorecidas, mediante la intervención de la Generalidad en el ejercicio de las competencias que le son propias en materia de vivienda, consumo y servicios sociales. Sin embargo, el Gobierno del Estado ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra dicha ley, por lo que se han tenido que buscar mecanismos alternativos, en el marco normativo vigente y en ejercicio de las competencias propias de la Generalidad, para ayudar a las personas más desfavorecidas. La presente ley establece mecanismos para asistir a las personas que se encuentran en situación de exclusión residencial o que están en riesgo de encontrarse en dicha situación, mediante fórmulas de actuación de las administraciones públicas catalanas que, siguiendo el principio de cooperación, permitan reaccionar y, al mismo tiempo, conciliar todos los bienes jurídicos a proteger. En este sentido, las medidas reguladas por esta ley no son sustitutivas sino complementarias de las establecidas por otras leyes y de las que puedan establecerse en el ámbito estatal o local».

F. Un nuevo problema. La «okupación» de viviendas

Una nueva problemática a la que deben hacer frente las administraciones, en particular la administración local, es la planteada por las crecientes ocupaciones ilegales de viviendas mayoritariamente públicas, fenómeno que está adquiriendo en los últimos meses proporciones preocupantes²³. Al respecto una reciente Proposición de ley, presentada por el PdeCat en el Congreso de los Diputados, de título largo y significativo por lo que diremos a continuación («Proposición de ley de modificación de la ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento civil, por la que se regula un procedimiento específico para garantizar la posesión de viviendas titularidad de propietarios personas físicas y para asegurar a las entidades sociales y a las administraciones públicas la disponibilidad de las viviendas en su haber destinadas a alquiler social») trata de afrontar este problema.

La Exposición de Motivos afirma que como consecuencia de la actual realidad socioeconómica *«han aparecido fenómenos de okupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa, que aprovechando de forma indecente la situación de necesidad de personas y familias vulnerables, les han exigido el pago de cantidades a cambio de un techo inmediato o que han extorsionado al propietario para obtener una compensación económica como condición para recuperar la vivienda de su propiedad»*²⁴.

Pues bien, las Comunidades Autónomas y los entes locales aparecen ante los ciudadanos como los entes responsables de la buena gestión de las viviendas públicas y de la protección frente a su ocupación ilegal. Pero quien puede recurrir a los medios normativos para hacer frente al problema es el Congreso de los Diputados. Por ello la Proposición de ley que trata de dar respuesta al problema se presenta en el Congreso de los Diputados, pues la ley que se pretende reformar para afrontar el problema es la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que lo que se pretende es hacer más efectivo el procedimiento verbal para devolver la posesión a su legítimo titular. Además, en la misma Exposición de Motivos, y en el debate para la toma en consideración de la Proposición de ley (Boletín de las Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de 14demarzo de 2017) se apunta la necesidad de incluir en el Código Penal un nuevo tipo de infrac-

23. Vid. el documento de la APCE «Análisis de la proliferació de les ocupacions sense títol legal habitant», diciembre 2016, documento relativo a viviendas y locales comerciales.

24. Algunos casos han saltado recientemente a los medios de comunicación. Así, los acaecidos en el municipio catalán de La Llagosta (ocupación ilegal de unos pisos que iban a ser entregados a los titulares legítimos de estas viviendas de alquiler social), o los denunciados recientemente en relación a viviendas de la Ciudad de la Justicia de Barcelona (según El Periódico de 12 de abril de 2017 «casi la mitad de los pisos de un bloque de la Ciudad de la Justicia están okupados»). Estos casos ponen de manifiesto que viviendas destinadas a alquiler social se ocupan por mafias que luego los asignan en beneficio propio.

tor que penalice estas okupaciones ilegales con ánimo de lucro. Es decir, la necesidad de actuar en base a otra ley del Estado.

De conformidad con lo expuesto en este apartado vemos como las políticas públicas autonómicas en materia de vivienda se han encontrado en los últimos años con un nuevo problema cuya solución exige poder contar con instrumentos eficaces preventivos y reactivos frente a la okupación ilegal de sus viviendas. Y estos medios efectivos de reacción son leyes estatales.

III. El debate competencial

¿cuál es el contenido de la materia vivienda a los efectos de la distribución de competencias?

1. Marco general de distribución competencial

Como es sabido la distribución de competencias se articula técnicamente a partir de la definición de un ámbito funcional y un ámbito material. La función indica el alcance de la potestad que se ejercerá (legislación exclusiva, compartida o concurrente, o simple ejecución) y la materia identifica un sector de la realidad social o material sobre el que se ejercerá la potestad normativa o ejecutiva, por ejemplo, la vivienda. En el caso de la vivienda el artículo 137 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 establece que:

- «1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de vivienda, que incluye en todo caso:
 - a. La planificación, la ordenación, la gestión, la inspección y el control de la vivienda de acuerdo con las necesidades sociales y de equilibrio territorial.
 - b. El establecimiento de prioridades y objetivos de la actividad de fomento de las Administraciones públicas de Cataluña en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance, tanto en relación al sector público como al privado.
 - c. La promoción pública de viviendas.
 - d. La regulación administrativa del comercio referido a viviendas y el establecimiento de medidas de protección y disciplinarias en este ámbito.
 - e. Las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción.

- f. Las normas sobre la habitabilidad de las viviendas.
- g. La innovación tecnológica y la sostenibilidad aplicable a las viviendas.
- h. La normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación».

Al margen de que el Estatuto catalán recurre al método de definir las competencias propias por el juego de materias y submaterias, lo que nos importa ahora destacar es que la materia vivienda, y sus submaterias, se definen funcionalmente como competencia exclusiva de la Generalidad, lo que en principio supone que el ente autonómico detenta todo el poder normativo sobre la materia. Pero, ¿realmente ello es así?. ¿La Generalidad puede definir su política en materia de vivienda de forma totalmente independiente? El Estado, ¿carece de toda posibilidad de incidir en el problema de la vivienda en Cataluña?²⁵.

La realidad nos demuestra que el Estado siempre ha intervenido en esta materia, y que las Comunidades Autónomas no disponen de todos los poderes necesarios para poder implementar una política de vivienda totalmente autónoma, por lo que se encuentran con graves dificultades competenciales cuando pretenden dar contenido pleno al derecho a una vivienda digna.

Ya en vigor la Constitución, el Estado aprobó el Decreto ley 31/1978 de 31 de octubre sobre política de viviendas de protección oficial, pero además hay que tener en cuenta que la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas 44/1978 incidiría en la política de vivienda al crear una deducción del 15% de las inversiones realizadas en la adquisición de la vivienda habitual, y poco después la ley hipotecaria 2/1981 afectaría directamente al sistema financiero de la vivienda. Lo mismo puede decirse de la sucesiva legislación en materia de arrendamientos urbanos, de los sucesivos planes estatales de vivienda, o de la regulación de la renta básica de emancipación de los jóvenes. Esta presencia del legislador estatal ha sido una práctica continua, antes y después de la aprobación de los diferentes Estatutos de Autonomía que atribuían a la respectiva Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de vivienda²⁶.

En el momento actual, mayo 2017, el Estado ha anunciado un nuevo Plan de Vivienda 2018-2021, centrado en la vivienda en alquiler y en el que se incluyen ayudas específicas a personas que puedan verse afectadas por desahucios.

25. La referencia al caso catalán es extrapolable al resto de Comunidades Autónomas que han asumido la competencia exclusiva en materia de vivienda.

26. Vid. Una completa descripción de la intervención del legislador estatal en el trabajo de VAQUER CABALLERÍA, M. La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España, Iustel, Madrid 2011, pág. 97-106.

2. Los conflictos competenciales ante el Tribunal Constitucional

El reparto competencial establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y las actuaciones de los legisladores estatal y autonómicos, hacían prever que no tardaría en formalizarse un conflicto competencial. Ambos legisladores actuaban en materia de vivienda de forma no coordinada, y ambos pretendían defender políticas propias en este sector. El debate competencial en esta materia se abordó por primera vez por el Tribunal Constitucional en su sentencia 152/1988 de 20 de julio. El Tribunal, en esta sentencia, estableció una doctrina en la que se sentaron las bases de la interpretación de la distribución competencial en la materia.

El Tribunal afirmó lo siguiente: *«En el presente caso, es indiscutible que la Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta la titularidad de la competencia en materia de vivienda. Esta competencia faculta a las instituciones de la Comunidad Autónoma para desarrollar una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política. Ello no obstante, y a pesar de que el art. 10 del EAPV califica como «exclusiva» aquella competencia autonómica en materia de vivienda, el propio Gobierno Vasco reconoce que la misma se halla limitada por las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito. En efecto, tanto el art. 149 de la Constitución como los Estatutos de Autonomía dejan a salvo las facultades de dirección general de la economía y, por tanto, de cada uno de los sectores productivos, que han de quedar en poder de los órganos centrales del Estado. En consecuencia, dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector. Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda».*

En términos generales podemos decir que el Tribunal destaca que el sector de la vivienda es un sector económico de notable trascendencia en el conjunto de la economía española, lo que justifica que el Estado actúe en el mismo en virtud de su competencia de ordenación general de la economía y también de la regulación de las bases del crédito. Por otra parte reconoce que *«la política de la vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener un señalado acento social, en atención al principio rector que establece el artículo 47 de la CE».* Pero añade que el artículo 47 no constituye un título competencial autónomo a favor del Estado, sino un mandato o directriz que ha de informar la actuación de

todos los poderes públicos. Por ello el Estado también puede actuar en virtud del artículo 149,1-1 en materias de vivienda, pero en este caso esta función de garantía básica «en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito. En otros términos, como declaramos en nuestra STC 146/1986, de 25 de noviembre, «la persecución del interés general -en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles- se ha de materializar» a través de», no «a pesar de» los sistemas de reparto de competencias articulados en la C.E.» (fundamento jurídico 3.º), de manera que la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto «debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales» (fundamento jurídico 4.º)». Por tanto, el artículo 149,1-1 no constituye un título competencial a favor del Estado que le permita definir una política homogénea, limitándose a habilitarle para promover la igualdad sustancial en la configuración del derecho a la vivienda a través de sus otros títulos competenciales.

En todo caso se concluye que en materia de vivienda hay una conjunción de esfuerzos de las autoridades estatales y autonómicas, esfuerzos que se concretan en el ejercicio de las respectivas competencias²⁷. De este modo la competencia exclusiva se convierte en compartida, ya que sobre el sector material vivienda se proyectan diversos tipos de actuaciones con fines diversos (ordenación general de la economía, ordenación del crédito, garantía básica del derecho a la vivienda... fines que corresponden al Estado), lo que justifica a juicio del Tribunal Constitucional la concurrencia de normativas estatales y autonómicas en materia de vivienda. El título horizontal «ordenación general de la economía» adquiere una vez más un gran protagonismo, y permite al Estado una actuación invasiva potente sobre la competencia autonómica. El Estado interviene no tanto para garantizar un mínimo común homogéneo en cuanto al derecho a la vivienda, lo que hubiera permitido desarrollos autonómicos más amplios, sino por razones de ordenación de un sector económico, lo que le permite

27. Como se ha dicho, VAQUER CABALLERÍA, M, L. eficacia... op.cit. pág. 101, el Tribunal Constitucional «considera legítimo que el Estado fije las líneas directrices y los criterios globales de ordenación para este sector económico, así como acciones o medidas singulares necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de dicha ordenación, al amparo del título de planificación general de la actividad económica del artículo 149,1-13 de la Constitución. En segundo lugar, la vinculación de esta actividad de fomento con recursos financieros privados le sirve para subsumir la regulación de los préstamos cualificados del plan dentro del título competencial de las bases de la ordenación del crédito ex artículo 149,1-11 CE». Un completo e interesante análisis de esta sentencia se contiene también en el trabajo de GÓMEZ- FERRER MORANT, R. Deconstrucción del sistema jurídico y reforma de la Constitución, Discurso de ingreso en la Real Academia de legislación y jurisprudencia, 12 de diciembre de 2016, págs.128 a 132.

diseñar un plan completo de intervención que se complementa a su vez con normas de desarrollo igualmente básicas. El margen para políticas autonómicas diferenciadas se reduce sustancialmente²⁸.

3. La reciente conflictividad ante el Tribunal Constitucional

Lo expuesto en páginas anteriores nos permite entrar ya en el examen de la más reciente conflictividad constitucional que ha sido provocada por las actuaciones legislativas de las Comunidades Autónomas que antes hemos comentado²⁹. Pasamos por tanto a examinar la respuesta que el Tribunal Constitucional, en la senda de lo ya dicho en su sentencia 152/1988, ha resuelto con ocasión de la conflictividad competencial más reciente suscitada por las leyes autonómicas en materia de vivienda, en

28. En relación con este punto es de interés el voto particular formulado por el magistrado Rubio Llorente a la sentencia antes citada. En su apartado B el magistrado dice lo siguiente: *«Ni por su desarrollo de detalle puede considerarse el plan de protección de viviendas un mero establecimiento de bases o un conjunto de medidas de coordinación, ni su sentido primordial es, a mi juicio, el de incidir sobre un sector de la actividad económica, sino el de procurar dar realidad al derecho a una vivienda digna y adecuada que el art. 47 de la Constitución reconoce a todos los españoles. Visto desde esta perspectiva, el mencionado plan puede ser entendido como una actuación producida, no al amparo del párrafo 13, sino más bien del párrafo primero del apartado 1.º del art. 149, como un esfuerzo por asegurar un mínimo igual en el ejercicio (en rigor en el disfrute), de un derecho constitucional.*

Resultan desde luego, evidentes, las dificultades dogmáticas que implica la consideración como «derechos constitucionales» de todos los que derivan de actuaciones estatales acomodadas a los principios de política social y económica que enumera el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, pero tales dificultades no me parecen insalvables si el concepto de derechos constitucionales se entiende como concepto genérico y mucho menos graves, desde luego, que las que origina el empleo de otro título genérico (el del 149.1.13.º), inadecuado no sólo porque lo es, sino sobre todo, porque dada su naturaleza lleva a la ablación total de las competencias autonómicas. Preconicé por eso su uso y sigo teniendo el convencimiento de que con él se hubiese podido llegar, salvo en los puntos de los que expresamente he disentido, a resultados tal vez no muy disímiles de los alcanzados, pero mediante una construcción más respetuosa con las competencias autonómicas y que hubiese podido orientar más eficazmente que la recogida en la Sentencia, la actuación futura de los poderes públicos sobre esta materia. La conceptualización del Plan cuatrienal como un plan mediante el que el Estado trata de asegurar que la actuación de los poderes públicos para dar realidad al derecho a la vivienda se lleva a cabo de modo que se asegure en lo posible un mínimo igual en todo el territorio nacional, habría permitido, de una parte, dar una explicación más razonable a la articulación de la iniciativa estatal con las competencias autonómicas en la materia y asegurar, de la otra, un mayor margen de libertad de acción a las Comunidades Autónomas para todas las actuaciones que, una vez asegurado este mínimo social igual, quisieran llevar a cabo en esta materia».

29. Una reciente relación de esta conflictividad se puede encontrar en el trabajo de SIBINA, D. «El parque residencial deshabitado en la legislación autonómica de vivienda: la perspectiva que ofrecen los recursos de inconstitucionalidad pendientes de resolución», en el libro colectivo Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento, Coordinadores Moltó Darner- Ponce Solé, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 92 a 105.

concreto, las leyes autonómicas que a partir de una ampliación de la función social de la propiedad a los casos de propiedades inmobiliarias urbanas han introducido medidas expropiatorias, sancionadoras o impositivas sobre los propietarios que incumplen la función social de su propiedad, o en relación a las leyes que incluyen medidas anti desahucios.

A. Expropiación y conflictividad competencial

La ley andaluza 4/2013 de 1 de octubre, ley que es fruto de la tramitación como ley del Decreto Ley 6/2013 de 9 abril, y la ley foral de Navarra 24/2013 de 2 de julio que recoge en términos muy similares el ejercicio de la potestad expropiatoria sobre viviendas desocupadas³⁰, han sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional .

El Estado las recurrió ante el Tribunal Constitucional alegando la aplicación del artículo 161.2 de la Constitución y obteniendo la suspensión de su eficacia, suspensión que fue ratificada en los autos del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2014 respecto a la ley andaluza³¹, y en el auto de 10 marzo 2014, respecto de la ley foral de Navarra.

Los motivos de impugnación eran varios, algunos de orden sustantivo y otros de carácter competencial. Finalmente el Tribunal Constitucional, en su sentencia 93/2015 de 14 de mayo, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional segunda del Decreto ley andaluz 6/2013 en la que se establecía la expropiación de las viviendas de las entidades financieras o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos que no cumplieran con la función social de estar ocupadas. La inconstitucionalidad se acuerda por una razón competencial, ya que el Tribunal Constitucional estimó que el precepto autonómico vulnera la competencia estatal en materia de ordenación general de la economía, FJ 16. El Tribunal Constitucional no entra a analizar la cuestión sustantiva relativa a la nueva configuración de la función social de la propiedad de las viviendas y si se puede llevar a cabo la expropiación de viviendas cuando no cumplen esta función social (que la vivienda esté ocupada y destinada por tanto a un uso habitacional).

30. Sobre el Decreto ley andaluz 6/2013 nos remitimos a la bibliografía citada en nota 18.

31. Mediante el Auto de 22 octubre 2013 el Tribunal Constitucional declaró la desaparición sobrevenida del objeto en el incidente sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión del Decreto ley seis/2013 de 9 abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, ya que dicho Decreto ley fue derogado por el legislador autonómico al aprobar la ley 4/2013 por la que se tramitó como ley el citado Decreto ley.

Pues bien, debemos afirmar que no compartimos el razonamiento del Tribunal Constitucional³². A nuestro juicio la sentencia 93/2015 lleva a cabo una extensión no justificada del concepto material de ordenación general de la economía al afirmar que la norma autonómica, que tiene como objeto la política de vivienda, afecta al funcionamiento del sistema financiero, obstaculizando las medidas estatales de política económica que se han adoptado con la finalidad de sanear las instituciones bancarias³³.

B. Tipificación infracciones y sanciones

La STC 93/2015, en su FJ 13, al enjuiciar diversos preceptos del Decreto-ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las medidas sancionadoras previstas en esta ley, y ha declarado inconstitucionales y nulos los artículos 25, apartados 5 y 6, y 53,1-a de la ley 1/2010 en la redacción que les ha dado el Decreto ley 6/2013.

Estos preceptos establecían los tipos infractores y sanciones para tratar de hacer efectiva la nueva función social de la propiedad, al tipificar como infracción muy grave el no dar efectiva función habitacional a la vivienda. Pero el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad de las normas sancionadoras por su propio contenido sustantivo (vulnerar principios de seguridad jurídica o tipicidad, o el de igualdad), sino por el hecho de que estas normas sancionadoras se refieren

32. También comentan en sentido crítico la sentencia del Tribunal Constitucional VAQUER CABALLERÍA, M. en su trabajo Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica, en la obra colectiva VAQUER-PONCE-ARNAIZ Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid 2016, pág. 28 y ss; XIOL RIOS, J.A. La crisi de l'estat social i la jurisprudència constitucional, Revista Jurídica de Catalunya, nº 3, 2016, pág.25, y AMENÓS ÁLAMO J. « Primeres reflexions sobre la sentència del Tribunal Constitucional relativa a la legislació andalusa antidesnonaments: reforçament del paper de la llei- en contra del Decret llei- i blindatge de la competència estatal en el camp de la reorganització bancària i dels drets i deures de deutors i creditors hipotecaris». Blog Revista Catalana de Dret Públic, 3 juny 2015.

33. Los votos particulares de los Magistrados y Magistradas Adela Asúa, Juan Antonio Xiol Rios, Encarnación Roca Trías y Fernando Valdés Dal-Re critican abiertamente la forma en que se ha aplicado el título competencial del artículo 149,1-13. En el voto particular del Magistrado Xiol Rios se advierte de una clara tendencia recentralizadora en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir del uso extensivo del artículo 149,1-13. Así, afirma el Magistrado que «*nuevamente, como ya sucedió en la STC 74/2014*, de 8 de mayo, se está, a mi juicio, ante un supuesto en que, en un contexto justificativo fundado en la aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.13 CE, se está en realidad mutando su contenido en el sentido no expreso, pero perceptible en las últimas resoluciones de este Tribunal, si se apela al llamado contexto de descubrimiento, y sobre el que ya he advertido en otros Votos particulares (asi, STC 170/2014), de avanzar en un proceso de recentralización que amenaza con tener severas consecuencias en nuestro sistema constitucional, en este caso, además, a costa de la efectividad de medidas tendentes a paliar situaciones de exclusión social».

a un supuesto previamente declarado inconstitucional. Así, dado que el Tribunal Constitucional ha declarado en la misma sentencia inconstitucional la imposición del deber de dar efectiva habitación a la vivienda, concluye que la tipificación como infracción de este deber también es inconstitucional³⁴.

C. Potestad tributaria

La ley catalana 14/2015 de creación el impuesto sobre viviendas vacías fue impugnada por el Gobierno del Estado, concretamente sus artículos 1, 4, 9.1, 11 y 12. Los argumentos se centran en la identidad del hecho imponible con el local, el IBI regulado en los artículos 60 a 77 del TRLR, y en la infracción del artículo 6,3 de la LOFCA por conexión con los artículos 133,2 y 157,3 CE.

Pendientes de conocer la sentencia del Tribunal Constitucional, el Auto del TC 157/2016 de 20 de septiembre ha levantado la suspensión de la eficacia de los preceptos impugnados al estimar que el Abogado del Estado no ha acreditado los perjuicios alegados al interés general, y por no parecer excesivos los costes de las hipotéticas devoluciones de cantidades ingresadas si finalmente se debieran llevarse a cabo por declararse la inconstitucionalidad de la ley impugnada.

Del Auto citado nos parece de interés mencionar uno de los argumentos alegados por el letrado del Parlamento de Cataluña para defender el levantamiento de la suspensión. Concretamente manifestó que: *«La estabilidad presupuestaria es un imperativo constitucional. La ponderación con los demás principios y derechos constitucionales puede formularse así: máxima consecución de los principios y derechos del Estado social con mínima desviación de la estabilidad presupuestaria. En este contexto, el impuesto suspendido venía a reforzar las fuentes de financiación de la Generalitat en materia de vivienda y, con ello, a cumplir los objetivos de déficit necesarios para mantener la estabilidad presupuestaria. Tiene como finalidad financiar las actuaciones protegidas por los planes de vivienda, priorizando los recursos en los municipios donde se han obtenido los ingresos que deriven del impuesto (art. 3 de la Ley 14/2015)»*.

D. Procedimientos de desahucio

La Ley Foral 24/2013 de 2 de julio del derecho a la vivienda, entre otras medidas (sancionadoras y expropiatorias por incumplir la función social

34. En materia sancionadora es de interés conocer la experiencia del municipio de Terrassa a partir de lo establecido en la ley catalana 18/2007 de 28 de diciembre del derecho a la vivienda. Sobre esta cuestión se pueden consultar los trabajos de MELGARES, L. ESCUDÉ, C. y CANALS, A. en la segunda parte del libro colectivo Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento, Coordinadores Moltó Darnar- Ponce Solé, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 92 a 105.

de la propiedad) en la nueva disposición adicional décima incorporada a la Ley Foral 10/2010 en su apartado 1 declara de interés social la cobertura de la necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de cinco años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente o, en su caso, desde que finalice el plazo de suspensión del lanzamiento establecido por Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, norma estatal que fue derogada tras ser tramitada como ley por la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La ley fue impugnada ante el Tribunal Constitucional y se solicitó la suspensión de su eficacia. El Tribunal Constitucional, en su Auto 69/2014 de 10 de marzo, tras recordar cual es la función de la resolución de naturaleza cautelar por la que se resuelve sobre la suspensión de una ley impugnada por el Estado, acuerda mantener la suspensión de la ley impugnada al apreciar, de conformidad con el abogado del Estado, la gravedad que podría tener el impacto de la Ley Foral sobre el sector financiero³⁵. De acuerdo con estos argumentos el Tribunal afirma que *«los razonamientos expuestos permiten concluir que en la ponderación de los intereses en presencia, y subrayando la especial relevancia de la medida de política económica general de estabilidad del sistema financiero, que tiene un indudable interés público prevalente, y la proyección de esta materia en el contexto internacional, apreciamos que debe mantenerse la suspensión de los preceptos impugnados, sin que la medida adoptada implique, en este caso concreto, un relevante menoscabo del resto de los intereses en presencia»*. La falta de relevancia de los otros intereses en liza, los de los ciudadanos que pueden verse desposeídos de su vivienda, se debe a que

35. El defensor de la administración sostiene en su escrito que «sin perjuicio de la dificultad de valorar cuantitativamente el impacto final sobre el sector financiero de las medidas contempladas en la Ley Foral 24/2013, el Banco de España considera que la norma ha introducido ya una indeseable incertidumbre en el marco que afecta a la gestión por las entidades de crédito y por la SAREB de sus activos inmobiliarios y ha añadido inseguridad jurídica en relación con las garantías de los títulos hipotecarios de las entidades españolas, lo que podrá afectar a sus condiciones de financiación y, por consiguiente, al flujo del crédito a la economía real. Estas circunstancias podrían verse agravadas en caso de que se levantara la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados en el recurso de inconstitucionalidad 6036/2013, resultando especialmente preocupante el impacto de la norma navarra en la actividad y el plan de negocio de la SAREB, instrumento clave del programa de reestructuración del sector financiero español. Teniendo en cuenta lo anterior, la aplicación de los preceptos de la Ley Foral 24/2013 (LNA 2013, 215) puede determinar un incremento de los costes de reestructuración asumidos por el Estado y ello, en un contexto como el actual, en el que resulta imprescindible proseguir con los esfuerzos y extremar la vigilancia con el fin de proteger la estabilización definitiva del sector financiero español en un entorno económico todavía adverso».

según el Tribunal existen ya otras medidas alternativas dictadas por el Estado con el mismo fin.

Por su parte, la ley catalana 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, trata también de hacer frente a los problemas derivados de los desahucios por impago de las hipotecas³⁶.

La ley catalana también fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, recurso en el que se solicitó su suspensión. En el Auto 160/2016, por el que se mantiene la suspensión de la ley catalana, y que nos puede servir de ejemplo respecto de los otros Autos antes citados en relación a la impugnación de otras leyes autonómicas similares³⁷, el Tribunal acuerda no levantar la suspensión al estimar que *«existe un perjuicio cierto para el interés general que subyace en el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero en su conjunto (AATC 69/2014, FFJJ 5, 6 y 7; 115/2014, FJ 5; 131/2015, FJ 3, y 144/2016, FJ 5). Aunque en términos cuantitativamente reducidos, los preceptos impugnados de la Ley catalana 24/2015 producen un menoscabo cierto para la estabilidad del sistema financiero», a lo que se añade que «los perjuicios derivados de la suspensión y consistentes en el menoscabo del interés público al que responde la norma autonómica, esto es, la garantía del derecho a la vivienda y el interés privado de los colectivos más vulnerables que se verían beneficiados, resultan notoriamente reducidos porque el Estado también ha dispuesto normas que atienden a estos mismos intereses (AATC 69/2014, FJ 9; 115/2014, FJ 5; 32/2015, FJ 6; 135/2015, FJ 3, y 144/2016, FJ 5)».*

Como vemos, la suspensión no se mantiene por apreciar un mejor derecho competencial a favor del Estado, sino en razón de la ponderación de los intereses en juego, haciendo primar la defensa del sistema financiero

36. Como dice su exposición de motivos *«según la Observación general número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas al PIDESC, el contenido del derecho a la vivienda comprende el acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable y a energía para la cocina, la calefacción y la luz, y el derecho al agua y al saneamiento son reconocidos por la Observación general número 15, mientras que la Observación general número 7 incorpora como contenido del derecho a la vivienda la protección contra los desahucios forzosos y la obligación de los poderes públicos a garantizar el adecuado realojamiento de las personas sin recursos afectadas por un desahucio. Estos derechos específicos generan diferentes tipos de obligaciones para las administraciones públicas. En este sentido, la Observación general número 3 afirma que deben realizar todos los esfuerzos, hasta el máximo de recursos disponibles, para satisfacer estos derechos, otorgando prioridad a los colectivos más vulnerables, y que deben asegurarlos no solamente ante la Administración, sino también ante los abusos que puedan cometer particulares».*

37. Junto al Auto ya citado 69/2014, de 10 de marzo, de Navarra, pueden consultarse los Autos 115/2014, de 8 de abril, Andalucía 135/2015, de 21 de julio, Canarias y el de 31 de enero de 2017 relativo a Aragón.

sobre los intereses de los posibles desahuciados, intereses estos últimos que ya se juzgan protegidos por el legislador estatal.

IV. Conclusión. La necesaria coordinación de las actuaciones de los diversos entes públicos en materia de vivienda

Lo expuesto en las páginas anteriores nos permite formular una serie de consideraciones de carácter general sobre el problema de la defensa de los derechos sociales en un Estado compuesto como el español en época de crisis.

El punto de partida es que la crisis económica hace más evidente la necesidad de que los poderes públicos actúen para defender el contenido de los derechos sociales. Ya no se trata tanto de incrementar las prestaciones, sino de defender lo conseguido. De evitar o reducir la reversibilidad. El modelo español de reparto de competencias llevó a que las Comunidades Autónomas y ente locales asumieran la garantía de las prestaciones públicas con las que dotar de contenido a la mayoría de servicios sociales. La crisis hizo que los ciudadanos dirigieran su mirada a las Comunidades Autónomas y entes locales. Y en particular a las primeras, ya que poseían la potestad legislativa con la que podían diseñar nuevas formas de intervención de alcance más general y potente.

De este modo el Gobierno del Estado y la Administración general del Estado, garantes en principio tan sólo del contenido básico o de las condiciones básicas de los derechos sociales, parecían quedar en un segundo plano, mientras que las Comunidades Autónomas, requeridas por sus ciudadanos, asumieron el reto de defender lo conseguido y diseñar nuevas formas de intervención que trataran de dar respuesta a los nuevos problemas que aparecían, o se agravaban, en virtud de la crisis económica. Para llevar a cabo este cometido las Comunidades Autónomas debían partir de sus posibilidades presupuestarias, condicionante básico de su intervención. Pero gozaban en principio de unas amplias competencias legislativas y ejecutivas, lo que parecía permitirles un amplio margen en la configuración y aplicación de nuevas políticas.

Pues bien, lo que hemos tratado de analizar en las páginas anteriores es cuál es el verdadero margen de actuación de las Comunidades Autó-

nomas en el diseño de nuevas políticas en materia de derechos sociales, centrando nuestro estudio en el caso de las políticas de vivienda. La conclusión es que si bien las competencias legislativas funcionalmente se clasifican como exclusivas, compartidas (si se ejercen sobre una parte de una materia, por ejemplo transportes intraautonómicos) o concurrentes (por el juego bases-desarrollo), difícilmente son exclusivas, y lo mismo puede decirse de las ejecutivas, que también suelen compartirse. Cuando se debe llevar a cabo una actuación en un determinado sector, por ejemplo el de la vivienda, los títulos competenciales se entrecruzan, y por tanto deben buscarse formas de coordinación o colaboración si se quiere diseñar una política efectiva. Esto no significa que los títulos competenciales carezcan de relevancia. En todo caso suponen la atribución del derecho a intervenir en el sector, y además pueden determinar parcelas de actuación que si sean exclusivas o de intervención preferente.

La vivienda no aparece en la Constitución como una materia reservada al Estado, por lo que los Estatutos la han asumido como competencia exclusiva. Pero la vivienda es un sector económico de gran relevancia, lo que ha justificado la intervención del Estado en virtud del título competencial de ordenación general de la economía. Las políticas de vivienda deben apoyarse en normas procesales y tributarias, y estas corresponden al Estado. El Estado legisla en materia de arrendamientos urbanos. Como hemos apuntado la lucha actual contra las «okupaciones» mafiosas que ponen en peligro las políticas públicas de vivienda requiere reformas de la ley de enjuiciamiento civil y del código penal. La nueva definición de la función social de la propiedad debería llevarse a cabo en la norma estatal que define este derecho³⁸. Las leyes autonómicas que introducen medidas

38. En este punto son de interés las consideraciones que lleva a cabo ARNAIZ RAMOS, R. en su trabajo Las actuaciones legislativas sobre el derecho de propiedad por razón de la protección del derecho a una vivienda digna, en el libro de VAQUER-PONCE-ARNAIZ, Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2016, págs. 220-223. Tras analizar las actuaciones del legislador estatal y los legisladores autonómicos en materia de vivienda concluye que « de lo expuesto resulta un escenario ciertamente desolador, en la medida en que pone de manifiesto una descoordinación absoluta entre las distintas administraciones con competencia legislativa en las diversas materias que se ven inevitablemente involucradas al intentar adoptar medidas que ayuden a resolver o, al menos, a paliar el grave problema social de pérdida o imposibilidad de acceso a la vivienda generado por la crisis económica. Y es que no parece que sea posible establecer una política (entendido este concepto como conjunto de medidas coordinadas enderezadas a la consecución de un fin de interés público) de protección del derecho a disfrutar de una vivienda digna y de fomento del acceso a la misma sin actuar sobre la definición del concepto de función social de la propiedad y, con ello, sin entrar a definir el contenido de tal derecho, en cuanto recaiga sobre un inmueble. Y tal actuación precisa, de forma inevitable, una actuación conjunta y coordinada de las administraciones, estatal y autonómica y local, con competencias en la delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad, en fomento del derecho a una vivienda digna y adecuada, y materia de ordenación urbana».

coactivas como la expropiación, sanción o exigencia de tributos, plantean problemas de constitucionalidad.

En definitiva, los nuevos conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ahora agravados por la necesidad de dar una respuesta eficaz a los graves problemas del acceso y mantenimiento en una vivienda digna, reiteran la necesidad de buscar mecanismos de coordinación y negociación en el ejercicio de las respectivas competencias. El reparto funcional y material de competencias en normas jurídicas (Constitución, Estatutos de Autonomía) nunca puede ofrecer soluciones perfectas cuando se trata de ejercer el respectivo ámbito de actuación. En este momento surgen diversos problemas que aconsejan poder contar con mecanismos organizativos de coordinación eficaces en los que, desde el respeto de los diferentes títulos competenciales, poder establecer los respectivos ámbitos de actuación (Senado reformado, Conferencias Sectoriales eficaces no controladas por la Administración del Estado, representación de los entes locales en estos órganos de participación...). Este es el gran reto al que debe hacer frente nuestro Estado de las Autonomías³⁹.

Bibliografía

- ALEXY,R. Teoría de los derechos fundamentales, 2ª edición. CEC, Madrid, 2007.
- ALONSO PÉREZ,MªT. Directora, Vivienda y crisis económica, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- AMENÓS ÁLAMO J. « Primeres reflexions sobre la sentència del Tribunal Constitucional relativa a la legislació andalusa antidesnonaments: reforçament del paper de la llei- en contra del Decret llei- i blindatge de la competència estatal en el camp de la reorganització bancària i dels drets i deures de deutors i creditors hipotecaris». Blog Revista Catalana de Dret Públic, 3 juny 2015.

39. Estas mismas reflexiones se contienen en el trabajo ya citado de GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Deconstrucción..op.cit. El autor analiza los diversos problemas que concurren en torno a la problemática de la vivienda y los diferentes títulos competenciales existentes para poder solventarlos, y concluye que «desde la perspectiva del ciudadano el problema es único, pero desde la perspectiva constitucional no lo es. La cuestión entonces consiste en cómo reconducir la pluralidad a la unidad». Ante esta situación propone recuperar la fuerza del derecho supletorio del Estado de forma que pudiera legislar aun existiendo competencias exclusivas autonómicas. Compartimos el diagnóstico de la situación pero matizamos la propuesta de solución, en el sentido de que esta norma estatal debería limitarse a fijar los elementos comunes básicos imprescindibles para una política eficaz en materia de vivienda y debería tratar de ser acordada por las Comunidades Autónomas en los órganos de relación con el Estado o mejor, en un Senado que fuera auténtica Cámara de representación territorial.

- ARNAIZ RAMOS, R. en su trabajo Las actuaciones legislativas sobre el derecho de propiedad por razón de la protección del derecho a una vivienda digna, en el libro de VAQUER-PONCE-ARNAIZ, Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2016.
- BARCELÓ, M. La contribución de las Comunidades Autónomas al reconocimiento y regulación de los derechos sociales, en Lex Social, Revista de derechos sociales 1/2011, julio-diciembre 2011.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Los derechos sociales en los nuevos Estatutos de Autonomía, en el vol. Col. La actualidad de los derechos sociales, ARARTEKO, febrero 2008, págs.. 11 a 27.
- BARRAL VIÑALS, I. La función social de la vivienda y la propiedad habitacional: límites impuestos a los propietarios de pisos vacíos, en el libro colectivo Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento, Coordinadores Moltó Darner- Ponce Solé, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- BARRAL, I. y TORNOS, J. Vivienda y crisis: ensayando soluciones, Jornadas celebradas en Barcelona 19 y 20 de noviembre de 2014, UB-Registadores de Catalunya, Barcelona 2014.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. Prestaciones sanitarias (un difícil equilibrio entre la sostenibilidad económica del modelo y su sostenibilidad social), en vol. Col., Director Ezquerro Huerva, A. Crisis económica y derecho administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica, Thomson Reuters Aranzadi, CIZUR Menor, 2016.
- CARRASCO-LOZANO.- Decreto ley 6/2013 de 9 de abril para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda de Andalucía: una nota de urgencia. Centro de Estudios de Consumo, 2013.
- COBREROS MENDAZONA, E. Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado, RVAP, 19, 1987.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. Los derechos sociales y sus garantías en el ordenamiento constitucional español, Teoría y derecho, nº 9, primer semestre 2011.
- DÍEZ CADÓRNIGA, J. El Decreto ley andaluz 6/2013 sobre viviendas: ¿un adecuado instrumento de política social? El Notariado del S. XXI, nº 52, 2013.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, TR., Las garantías de los derechos sociales, en WAA Las estructuras del bienestar en Europa. Directores Muñoz Machado-García Delgado-González Seara. Civitas, Madrid 2000.
- FERRANDO NICOLAU, E. El derecho a una vivienda digna y adecuada, Anuario de Filosofía del Derecho, IX, 1992.

- GALLEGO,R, Descentralización y desigualdad en el Estado autonómico, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- GAVARA DE CARA, JC. La dimensión objetiva de los derechos sociales. Bosch editor, Barcelona 2010.
- GÓNZALEZ ORDOVÁS, El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socio-económico complejo, Dykinson, Zaragoza 2013.
- HACHEZ,I. Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative. Ant. N. Sakoulas/Bruylant/Nomos Verlagsgesellschaft, Atenas, Bruselas, Baden-Baden, 2008
- LÓPEZ RAMÓN, F. Coordinador, Construyendo el derecho a la vivienda, Marcial Pons Madrid 2010.
- MARTÍN VALDIVIA, SM. El Decreto ley andaluz de vivienda 6/2013 ¿Romanticismo, propaganda o función social legítima? Revista Aranzadi de Urbanismo y edificación 28, mayo-agosto 2013.
- MELGARES, L. ESCUDÉ, C. y CANALS, A. en la segunda parte del libro colectivo Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento, Coordinadores Moltó Darner- Ponce Solé, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN,E- La administración al servicio de la justicia social, Iustel, Madrid 2016.
- MOLTÓ DARNER, JM. Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI, en el libro colectivo Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento, Coordinadores Moltó Darner- Ponce Solé, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- MOREU, E. Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social, en la obra colectiva dirigida por MT Alonso , Directora, Vivienda y crisis económica, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- PAREJO ALFONSO, L. . Estado social y administración pública, Civitas, Madrid , 1983; El Estado social Administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos, RAP 153, 2000.
 - Estado social y Estado del bienestar a la luz del orden constitucional, en WAA Las estructura del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes. Directores Muñoz Machado-García Delgado-González Seara. Civitas, Madrid 2002.
- PISARELLO,G El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales, en Revista catalana de dret públic, nº 38, 2009.
 - La efectividad del derecho social a la vivienda digna y adecuada, en el vol.col. La actualidad de los derechos sociales, ARARTEKO, febrero 2208, págs. 49 a 71.
- PONCE SOLÉ,J. El derecho y la (ir)reversibilidad de los derechos sociales de los ciudadanos, INAP, Madrid 2013.

- El derecho subjetivo a la vivienda exigible judicialmente: papel de la legislación, análisis jurisprudencial y gasto público, en VAQUER-PONCE-ARNAIZ. Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2016.
- La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional, en el libro colectivo, Coordinado por Moltó Darner y Ponce Solé, J. Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor 2017.
- PONCE-SIBINA, Coordinadores, El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo, Marcial Pons 2008.
- RODRIGUEZ DE SANTIAGO, JM. La administración del Estado social, Marcial Pons, Madrid 2007.
- SIBINA, D. El parque residencial deshabitado en la legislación autonómica de vivienda: la perspectiva que ofrecen los recursos de inconstitucionalidad pendientes de resolución, en el libro colectivo Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento, Coordinadores Moltó Darner-Ponce Solé, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- TEJEDOR BIELSA, Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria (de la propiedad al alquiler y la rehabilitación). La Ley, Madrid 2012.
- TORNOS MAS, J. Crisis del Estado de bienestar: el papel del derecho administrativo, en el vol.col. Coordinado por Piñar Mañas, Crisis económica y crisis del Estado de bienestar. El papel del derecho administrativo, ed. Reus, Madrid 2013.
- TORRES MURO, I. Derechos sociales y Comunidades Autónomas, Foro Nueva época, vol. 15, 1-2012.
- VAQUER CABALLERIA, M. La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España, lustel, Madrid 2011.
 - Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad, en Informe Comunidades Autónomas 2011, IDP, Madrid 2012.
 - Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital, en El Cronista del Estado social y democrático de derecho, nº 48, noviembre 2014.
 - Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica, en la obra colectiva VAQUER-PONCE-ARNAIZ Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid 2016.
- XIOL RIOS, JA. La crisi de l'estat social i la jurisprudència constitucional, Revista Jurídica de Catalunya, nº 3, 2016.

Estado de bienestar y sostenibilidad financiera en las Comunidades Autónomas

Texto de:
Luis Alfonso Martínez Giner
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO DE BIENESTAR Y GASTO PÚBLICO AUTONÓMICO. 1. Configuración del denominado Estado de bienestar: el factor demográfico. 2. Gasto Público Autonómico y estabilidad presupuestaria de la Hacienda Autonómica. III. SOSTENIBILIDAD Y MECANISMOS DE FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. IV.- CONCLUSIONES.

I. Introducción

Una de las aportaciones jurídicas de nuestra Constitución Española de 1978 fue la configuración del Estado social recogido en el artículo 1.1¹. En este sentido la necesidad de asegurar unas condiciones y necesidades colectivas mínimas, se ha plasmado en el desarrollo de una conciencia social que permita mantener y financiar unas necesidades públicas que garanticen un determinado bienestar social de la población. La configuración territorial y el reparto competencial previsto en la Constitución Española² ha motivado que buena parte de la responsabilidad en el gasto de esas necesidades públicas que garantizan el bienestar social y

1. Art. 1.1 CE 1978: «España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

2. Artículo 148 y 149 Constitución Española.

hacen presente el Estado social, recaiga en las Comunidades Autónomas³. Esa distribución y asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas ha provocado la descentralización económico-financiera del gasto público derivado del Estado del bienestar en las Comunidades Autónomas, referido a algunos servicios públicos fundamentales como por ejemplo, sanidad, educación y servicios sociales⁴.

Resulta evidente constatar que uno de los grandes retos de las Administraciones Públicas en la actualidad, pero también en los próximos años, es el de asegurar la sostenibilidad del Estado de bienestar en un contexto económico y social desfavorable⁵.

La financiación del denominado Estado de bienestar ha estado influenciada en los últimos tiempos por dos variables muy diferentes que han condicionado el desarrollo de las políticas sociales por parte de las Administraciones Públicas encargadas de su gestión. La primera de ellas tiene que ver con un elemento socio-demográfico que viene influyendo de manera decisiva en el gasto social. Me refiero a la pirámide poblacional y al índice de envejecimiento de la población. Como veremos, asistimos a un proceso de claro envejecimiento de la población, provocado por el aumento de la esperanza de vida y el paulatino estancamiento de la natalidad. Esta circunstancia combinada provoca que el denominado índice de dependencia, esto es el número de personas que requieren de una asistencia social más o menos intensa por parte de los poderes públicos, vaya aumentando de manera continuada. Este hecho se traduce en un aumento en el gasto sanitario y en el denominado gasto en servicios sociales.

Por otro lado, el segundo factor que influye claramente en la financiación del gasto social de las Comunidades Autónomas ha sido la crisis econó-

3. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ/LÓPEZ DEL PASO/RUEDA LÓPEZ: «Un análisis comparado del gasto público autonómico», en *Colección Mediterráneo Económico: Un balance del Estado de las Autonomías*, nº 10, pág. 241.

4. LÓPEZ DÍAZ, A.: «Gasto público autonómico y estabilidad presupuestaria», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, n 61, 2016, págs. 63 y ss. Siguiendo a este autor, se ha puesto de manifiesto que «la distribución funcional del gasto público por Administraciones pone claramente de relieve el reparto competencial de nuestro sector público. La Administración Central tiene encomendados básicamente la prestación de servicios público tradicionales (defensa, servicio exterior y seguridad ciudadana y administración de justicia de ámbito nacional) (...) así como el servicio de la deuda pública. Las Administraciones territoriales tienen una amplia presencia en la oferta de bienes y servicios más próximos al ciudadano. En concreto, el 60% del gasto de las Comunidades Autónomas corresponde a los servicios de educación y sanidad y algo más del 12% a servicios económicos, fundamentalmente infraestructuras del transporte y agricultura...» (GIL RUIZ-ESPARZA/IGLESIAS QUINTANA: «El gasto público en España en un contexto descentralizado», *Presupuesto y Gasto Público*, nº 47, 2007, pág. 197).

5. DE LA FUENTE, A.: «Estado de bienestar y Estado autonómico», *Instituto de Análisis Económico*, CSIC, noviembre de 2009, pág. 1.

mica y las dificultades de financiación provocadas por la crisis financiera, lo cual ha afectado de manera evidente en el cumplimiento de las obligaciones públicas de las Administraciones Públicas, señaladamente de las Comunidades Autónomas, en lo referente a las necesidades que configuran el Estado de Bienestar. En este sentido las medidas impulsadas por el legislador para la eficaz implementación del principio de sostenibilidad financiera y para permitir la financiación de los servicios públicos esenciales de las Comunidades Autónomas⁶ han constituido y constituyen un elemento nuclear para el correcto funcionamiento de los mismos y para el bienestar de los ciudadanos⁷. Estas medidas inicialmente planteadas en la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (LO 2/2012, de 27 de abril), prevén la creación de mecanismos de financiación extraordinarios para las Administraciones autonómicas y locales condicionados al sometimiento de un plan de ajuste que garantice la observancia de los objetivos de estabilidad y deuda pública⁸. Estas circunstancias han motivado que la liquidez de las Comunidades Autónomas en los últimos tiempos se haya resentido, lo cual ha generado problemas a la hora de cumplir con las obligaciones públicas válidamente contraídas por las Administraciones Públicas e igualmente válidamente exigibles. Las reglas fiscales adoptadas por el legislador, y en buena medida derivadas de las instancias de la Unión Europea, han tratado de incidir en los problemas derivados de un déficit excesivo o de un volumen muy elevado de deuda pública, limitando los efectos de la consecuencia de tal situación pero no de la causa de la misma. Medidas como la implementación de los límites derivados de la estabilidad presupuestaria o de la sostenibilidad financiera o incluso la determinación de un período medio de pago a los proveedores, han intentado atajar parte del problema, si bien no han incidido en la causa que los genera. La verdadera sostenibilidad del Estado de bienestar autonómico pasa por profundizar en el concepto patrimonial de Hacienda Social en el que la corresponsabilidad en los

6. Fundamentalmente los mecanismos de financiación del Estado del bienestar de las Comunidades Autónomas se recogen en el Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y entidades locales y otras de carácter económico.

7. NAVARRO FAURE, A.: «La conciliación entre la estabilidad presupuestaria y la Hacienda autonómica social», en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, n 61, 2016, pág. 93.

8. RUIZ ALMENDRAL/ CUENCA, A.: «Estabilidad presupuestaria en las Comunidades Autónomas: más allá de la reforma de la Constitución», en *Cuadernos de Información Económica*, n° 241, 2014, pág. 40.

ingresos y en los gastos⁹ constituye un elemento inescindible a la propia autonomía política de las Comunidades Autónomas.

Esta idea nos permite profundizar en un elemento esencial sobre el que ya nos pronunciamos¹⁰ y que no es otro que el del efecto que debe producir la estabilidad presupuestaria y los mecanismos de sostenibilidad financiera en una mejor redistribución de la renta y en la propia justicia en el gasto público. Estos mecanismos deberían servir, en mi opinión, para llevar a cabo una mejor elección de las necesidades públicas a satisfacer fortaleciendo así la justicia del gasto. Las limitaciones en el gasto público deben hacer más fuerte la asignación equitativa de los recursos públicos tanto en la elección como en la prioridad de ejecución de las necesidades públicas. Los instrumentos de financiación que permiten mejorar la liquidez de las Administraciones Públicas para atender esas necesidades públicas de gasto social deben igualmente ahondar en una mayor justicia en el gasto. La justicia redistributiva no sólo debe estar presente en el ingreso sino que cada vez más su medio de desarrollo más habitual deberá ser en el gasto. En todo caso, resulta en mi opinión incuestionable que no se puede deslindar una cosa de la otra.

Con todas estas premisas abordamos este trabajo en el que tratamos de conocer los mecanismos de financiación derivados de la sostenibilidad financiera que han permitido sostener en los últimos tiempos el denominado Estado de bienestar en las Comunidades Autónomas, esto es, la atención de un conjunto de necesidades colectivas que se consideran esenciales para el normal desarrollo del ciudadano.

II. Estado de bienestar y gasto público autonómico

Como hemos mencionado, uno de los retos fundamentales en los próximos años a los que se enfrenta nuestra sociedad y en particular las Haciendas de las Administraciones Públicas es asegurar la sostenibilidad del Estado de bienestar, esto es del conjunto de necesidades públicas colectivas que asegurar la satisfacción mínima que se requiere en un Estado social. En este sentido, las Comunidades Autónomas son un actor esencial en este punto al tener asignadas las competencias correspondientes vinculadas a este sector de las necesidades públicas. Es por ello que el análisis de los elementos configuradores y condicionantes del

9. NAVARRO FAURE, A.: «La conciliación entre la estabilidad presupuestaria y la Hacienda autonómica social», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic*, ob. Cit. pág. 88.

10. MARTÍNEZ GINER, LA.: «El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria», en *Cívitas, Revista Española de Derecho Financiero*, nº 115, 2002.

Estado del bienestar y del Gasto público autonómico será un elemento fundamental para conocer la sostenibilidad financiera del mismo en el contexto actual. Como veremos, en todo caso, y como responsable último, el Estado tratará de asegurar la viabilidad financiera de las Comunidades Autónomas para que puedan afrontar los gastos necesarios para cumplir con su cometido.

1. Configuración del denominado Estado de bienestar: el factor demográfico.

El conjunto de necesidades que configuran el Estado del bienestar se concreta esencialmente en el sistema de protección social, que incluye las necesidades de sanidad, educación, pensiones y dependencia o servicios sociales. De todas ellas, el aspecto referente a las pensiones quedaría excluido del ámbito autonómico, puesto que constituye una competencia exclusiva del Estado. Es por ello por lo que el gasto público autonómico relativo a la sanidad, servicios sociales y educación conforma un núcleo en el que inciden de manera indudable, por el elevado volumen que se genera, aspectos derivados de la propia demografía y aspectos derivados de la crisis económica y sostenibilidad financiera.

En este punto, creemos que puede ayudar a entender la dimensión del gasto público autonómico que incide en estas necesidades públicas esenciales, la visualización del problema derivado de la propia evolución demográfica en la Comunidad Valenciana.

Un primer dato que puede ser relevante tiene que ver con la evolución de la esperanza de vida en la Comunidad Valenciana. En la tabla adjunta puede observarse en primer lugar que la esperanza de vida en este territorio es elevada, por encima de los 80 años lo cual la coloca en el tramo más alto de países con esperanza de vida según datos de la OMS en 2015. Además podemos observar que en los últimos cinco años se ha producido un ligero incremento de la esperanza de vida, si bien podemos concluir que se trata de una esperanza de vida estable y con pequeñas fluctuaciones al alza.

Tabla 1. Esperanza de vida al nacimiento. Comunidad Valenciana

Año	Esperanza de vida
2011	81.80
2012	81.89
2013	82.41
2014	82.46
2015	82.27

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Portal Estadístico de la Generalitat Valenciana

Este dato resulta relevante desde el momento en que una parte sustancial del gasto autonómico vinculado al Estado de bienestar viene determinado por el gasto sanitario o farmacéutico en el que indudablemente la edad de la población constituye un elemento que lo condiciona. Una población con una esperanza de vida elevada sugiere una atención sanitaria pública que atiende las necesidades propias de tal situación.

Un elemento vinculado a la esperanza de vida lo constituye el denominado índice de envejecimiento de la población. Este índice hace referencia al porcentaje que representa la población mayor de 64 años sobre la población menor de 16 de años a 1 de enero de cada año. Es decir, este índice expresa la relación entre la cantidad de personas adultas mayores y la cantidad de niños.

Tabla 2. Índice de envejecimiento en la Comunidad Valenciana

Año	Índice de envejecimiento %
2012	106,46
2013	108,53
2014	111,61
2015	114,05
2016	115,84

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Portal Estadístico de la Generalitat Valenciana

Observando estos datos podemos constatar que se produce un claro aumento del índice de envejecimiento de la población en la Comunidad Valenciana, lo cual indica que el número de personas mayores en relación con los menores de 16 años aumenta proporcionalmente. Los factores de ello pueden venir relacionados con el descenso de la natalidad y el aumento de la esperanza de vida, lo cual hace que nuestra población esté cada vez más envejecida; al menos según los datos analizados en el año 2016 por cada 100 menores de 16 años habría 115,84 mayores de 65 años. De nuevo este dato, tiene una incidencia clara en el gasto autonómico desde el momento en que la atención a un conjunto de población más envejecida condiciona el destino de los recursos públicos.

Como corolario de todo ello, resulta interesante utilizar un dato que puede resumir la incidencia de la demografía en el gasto autonómico vinculado al Estado de Bienestar. Me estoy refiriendo a la tasa de dependencia, que hace referencia al porcentaje de población que requiere, por causa de su edad, de una mayor atención pública para satisfacer sus necesidades básicas. En concreto la tasa de dependencia mide el porcentaje de pobla-

ción menor de 16 años y mayor de 64 frente al resto de la población de entre 16-64 años.

Tabla 3. Tasa de dependencia en la Comunidad Valenciana

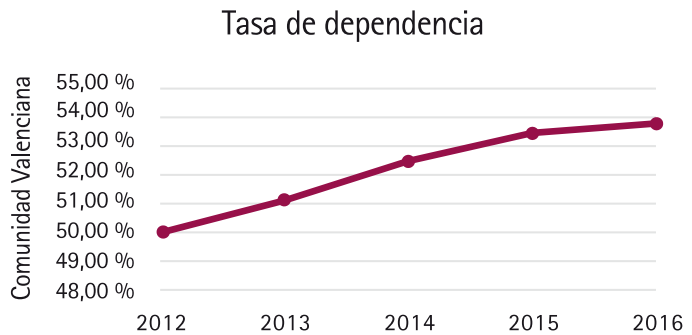
Año	Tasa de dependencia
2012	50,09
2013	51,18
2014	52,42
2015	53,30
2016	53,87

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Portal Estadístico de la Generalitat Valenciana

Este dato resulta especialmente relevante para constatar el progresivo aumento durante los últimos cinco años de situaciones demográficas que sociológicamente se califican de dependencia, lo cual tiene un reflejo en el gasto público autonómico y en su financiación. Ese impacto puede concretarse en dos circunstancias, por un lado, el aumento de las situaciones de dependencia, tal y como han sido definidas, generará un aumento de las necesidades públicas conectadas a las mismas, que han de ser satisfechas por las Administraciones Públicas, señaladamente por la Administración Autonómica. Me estoy refiriendo esencialmente a las necesidades de educación en niveles no universitarios (población menor de 16 años) y a las necesidades sanitarias y de protección social (población mayor de 64 años). El hecho de que más de la mitad de la población en la Comunidad Valenciana se encuentre en la franja de edad de las personas menores de 16 años y mayores de 64 años es un dato que condiciona de manera evidente el gasto público autonómico.

La segunda consecuencia que se deriva de este dato es que la carga de financiar los servicios públicos anejos a tales necesidades recaerá sobre una parte cada vez más pequeña de la población¹¹, lo cual pone de manifiesto un problema para la sostenibilidad de las finanzas públicas y por extensión del Estado de bienestar durante los próximos años. La tendencia progresiva de la tasa de dependencia en la Comunidad Valenciana así lo demuestra.

11. DE LA FUENTE, A.: «Estado de bienestar y Estado autonómico», *Instituto de Análisis Económico*, CSIC, noviembre de 2009, pág. 2.

Tabla 4. Evolución tasa dependencia Comunidad Valenciana (2012-2016)

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Portal Estadístico de la Generalitat Valenciana

Si bien el porcentaje de población menor de 16 años durante los últimos cinco años se ha mantenido en la Comunidad Valenciana, con un ligero incremento, parece incuestionable constatar que el porcentaje de población mayor de 64 años ha aumentado de forma clara en lógica consonancia con el aumento de la esperanza de vida en la Comunidad Valenciana. Este panorama demográfico resulta de ineludible planteamiento para valorar el efecto que este factor despliega en el gasto público autonómico. Si bien no puede considerarse como el único argumento explicativo de la evolución del gasto público autonómico, sí creo que constituye un elemento esencial en la configuración funcional del gasto que conforma el denominado Estado de Bienestar.

2. Gasto Público Autonómico y estabilidad presupuestaria de la Hacienda Autonómica

Como hemos comentado, la configuración territorial del Estado y el reparto competencial ha motivado que buena parte de las necesidades vinculadas al Estado de bienestar, en los términos que hemos comentado, sean satisfechas por las Comunidades Autónomas. Además éstas están sujetas a las reglas presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad presupuestaria que viene establecido en nuestro ordenamiento jurídico. El principio de estabilidad presupuestaria ha sido reconocido con rango constitucional en el artículo 135 CE siendo exigencia de adecuación de las actuaciones de todas las Administraciones Públicas. Este principio desarrollado en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, constituye un elemento esencial sobre el que debe valorarse la sostenibilidad del Estado del bienestar en las Comunidades Autónomas.

El principio de estabilidad presupuestaria «ha recorrido un zigzagueante camino que le ha llevado desde el dogma del pensamiento liberal de la Hacienda clásica, a principio olvidado y en crisis en las corrientes del pensamiento económico intervencionista de la Hacienda funcional, a finalmente su resurgimiento en las leyes de estabilidad presupuestaria y en la reforma constitucional posteriormente¹²».

El punto de partida de la estabilidad presupuestaria lo encontramos en el marco de la Unión Europea para las políticas presupuestarias. En particular el fundamento jurídico primario del Pacto de estabilidad y crecimiento de la UE se encuentra en el artículo 126 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, referente al procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo y en el Protocolo n.º 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Hay que señalar que la reforma que se produjo en el año 2011 para reforzar la supervisión de la política económica de los Estados de la Unión Europea y consolidar el mecanismo preventivo de supervisión fiscal supuso una modificación del Pacto de estabilidad y crecimiento en la que se endureció el pilar correctivo-sancionador para los Estados miembros que no ajustaran su comportamiento fiscal a la senda de reducción de déficit y endeudamiento marcada por la Unión Europea¹³.

El artículo 126 TFUE establece que «1. Los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos.

2. La Comisión supervisará la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros con el fin de detectar errores manifiestos. En particular, examinará la observancia de la disciplina presupuestaria atendiendo a los dos criterios siguientes:

- a. si la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto sobrepasa un valor de referencia (...)
- b. si la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto rebasa un valor de referencia, a menos que la proporción disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia.

Los valores de referencia se especifican en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo a los Tratados».

En este sentido el Protocolo 12 aplicable al procedimiento aplicable en caso de déficit público excesivo establece que «Los valores de referencia que se mencionan en el apartado 2 del artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea serán: 3% en lo referente a la propor-

12. NAVARRO FAURE, A.: «La conciliación entre la estabilidad presupuestaria y la Hacienda autonómica social», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, ob. Cit. pág. 109.

13. Subdirección General de Economía Internacional: «El *six pack* de la reforma del gobierno económico en la Unión Europea», Boletín Económico del ICE, n.º 3022, 2012, pág. 4.

ción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto a precios de mercado; y 60% en lo referente a la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado».

Esta previsión ha sido trasladada a nuestro texto constitucional a través de la reforma del artículo 135 en cuyo apartado 2 se establece que el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. Además este límite máximo de déficit estructural para el Estado y las CCAA será fijado por una ley orgánica en relación con su producto interior bruto¹⁴. La Ley Orgánica 2/2012 de 7 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera ha fijado ese déficit estructural permitido en un 0.4% del PIB¹⁵.

Por otro lado el artículo 135.3 CE remite al volumen máximo autorizado de deuda pública en relación con el PIB establecido en la normativa europea, concretando este extremo el artículo 13 de la mencionada Ley Orgánica 2/2012 de 7 de abril. Así, se establece que el volumen de deuda pública, definida de acuerdo con el Protocolo sobre Procedimiento de déficit excesivo, del conjunto de Administraciones Públicas no podrá superar el 60 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el que se establezca por la normativa europea. Este límite será objeto de distribución de acuerdo con los siguientes porcentajes, expresados en términos nominales del Producto Interior Bruto nacional: 44 por ciento para la Administración central, 13 por ciento para el conjunto de Comunidades Autónomas y 3 por ciento para el conjunto de Corporaciones Locales.

De esta forma resulta evidente que la Hacienda autonómica se encuentra obligada al cumplimiento de las exigencias del pacto de estabilidad y crecimiento en relación con los límites máximos de déficit público y deuda pública.

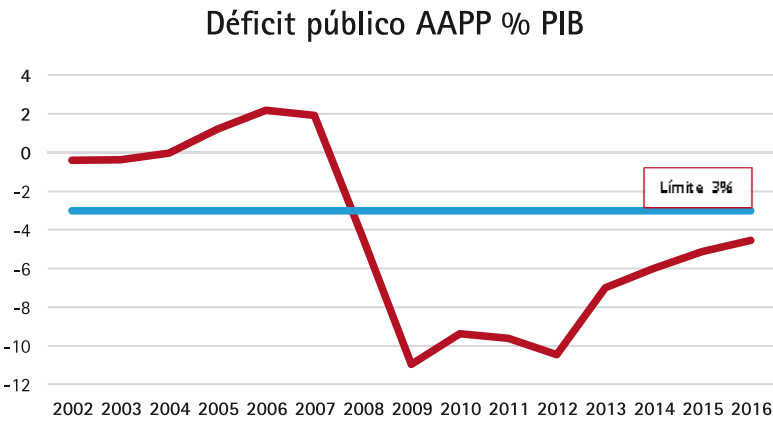
14. LÓPEZ DÍAZ, A.: «La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España», *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid, Civitas, 157, 2013, pág. 49 El déficit estructural es el que existiría si la economía siguiera fielmente la senda de crecimiento potencial y operase a pleno rendimiento, de modo que los ingresos tributarios recaudados serían los máximos posibles, teniendo en cuenta la legislación aplicable; al mismo tiempo el gasto público se situaría en su nivel normal de acuerdo con la capacidad operativa del sector público. (SÁNCHEZ GARCÍA, N.: «Déficit y deuda en la Constitución», *Auditoría pública*, nº 64, 2014, pág. 127).

15. Artículo 11 LO 2/2012, de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera: «Ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales. No obstante, en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior».

En este sentido resulta interesante analizar la incidencia de las reglas fiscales sobre las Comunidades Autónomas considerando los objetivos de déficit y deuda establecidos por el Consejo de Ministros y la realidad de los datos referidos a tales indicadores.

En este sentido, puede apreciarse la evolución que ha tenido en el conjunto de las Administraciones Públicas el déficit público en España.

Tabla 5. Déficit público Administraciones Públicas.



Puede apreciarse claramente una evolución negativa a partir del año 2008 que se mantiene en los siguientes años, si bien puede observarse una clara tendencia hacia la consecución del déficit límite del 3%. Esa tendencia viene motivada por la adopción de diferentes medidas correctoras en la vertiente del gasto y del ingreso que tienen su reflejo en los objetivos de déficit que el Consejo de ministros de España ha establecido para los próximos años¹⁶.

16. Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de diciembre de 2016, por el que se fijan los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de Administraciones Públicas y de cada uno de sus subsectores para el periodo 2017-2019 y el límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado para 2017.

Tabla 6. Objetivos de déficit conjunto Administraciones Públicas

Año	Objetivo %
2016	-4,6%
2017	-3,1%
2018	-2,2%
2019	-1,3%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

La tendencia de reducción del déficit público del conjunto de las Administraciones Públicas se concreta en los objetivos de déficit aprobados por el Consejo de Ministros. No obstante, resulta interesante analizar esta cuestión en el nivel de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta que los objetivos de déficit público para éstas fijados por el Gobierno son mucho más restrictivos. Posiblemente la exigencia de una mayor contención de gasto para las Comunidades Autónomas, viene motivada por los datos que éstas han mostrado en los últimos años –tal y como observaremos–, siendo uno de los sectores administrativos más observados y criticados desde la óptica del déficit público.

Tabla 7. Objetivos de déficit CCAA

Año	Objetivo %
2016	-0.7%
2017	-0.6%
2018	-0.3%
2019	0%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Estos objetivos de estabilidad presupuestaria en el ámbito autonómico contrastan con los datos reales sobre déficit público autonómico en los que se puede apreciar una evolución claramente a la baja en los últimos años.

Tabla 8. Déficit público % PIB de las Comunidades Autónomas (2011-2015)

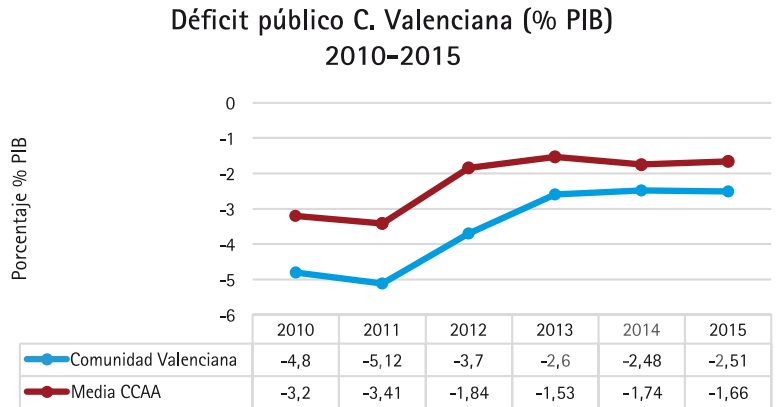
Comunidad Autónoma	2011	2012	2013	2014	2015
Andalucía	-3,49%	-2,07%	-1,55%	-1,35%	-1,13%
Aragón	-2,67%	-1,46%	-1,80%	-1,81%	-2,13%
Asturias	-3,66%	-1,01%	-1,05%	-1,27%	-1,53%
Cantabria	-3,66%	-1,52%	-0,99%	-1,65%	-1,38%
Castilla León	-2,6%	-1,39%	-1,09%	-1,12%	-1,33%
Castilla La Mancha	-8,11%	-1,54%	-2,04%	-1,8%	-1,67%
Canarias	-1,53%	-1,11%	-1,10%	-0,93%	-0,54%
Cataluña	-4,12%	-2,23%	-1,96%	-2,75%	-2,70%
Extremadura	-4,81%	-1,03%	-0,92%	-2,51%	-2,64%
Galicia	-2,22%	-1,28%	-1,1%	-1%	-0,57%
Baleares	-4,26%	-1,84%	-1,3%	-1,74%	-1,52%
Madrid	-1,94%	-1,06%	-1,01%	-1,38%	-1,36%
Murcia	-4,68%	-3,18%	-2,3%	-2,74%	-2,52%
Navarra	-2,58%	-1,73%	-1,57%	-0,85%	-1,28%
País Vasco	-2,72%	-1,46%	-1,08%	-1,01%	-0,69%
La Rioja	-1,46%	-1,16%	-1,04%	-1,26%	-1,13%
Comunidad Valenciana	-5,12%	-3,7%	-2,6%	-2,48%	-2,51%
TOTAL CCAA	-3,41%	-1,84%	-1,53%	-1,74%	-1,66%

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Como puede apreciarse las Comunidades Autónomas en su conjunto y en particular la Comunidad Valenciana se han movido en los últimos años en unas cifras de déficit muy por encima de los objetivos de estabilidad presupuestaria. La tendencia en el ciclo 2011-2015 es claramente hacia la reducción del déficit público de manera lenta pero sostenida en el tiempo, lo cual es un claro ejemplo de la tendencia económica a nivel general que incide igualmente en las Comunidades Autónomas.

En todo caso, debe observarse que los datos de déficit de la Comunidad Valenciana han estado en todo momento por encima de la media de las Comunidades Autónomas, lo cual puede explicar en buena medida el destino de los distintos fondos de financiación de la sostenibilidad de la Hacienda autonómica hacia la Comunidad Valenciana, como luego veremos.

Tabla 9. Evolución déficit público Comunidad Valenciana. Comparativa con media Comunidades Autónomas



Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Los últimos datos sobre el cumplimiento del objetivo de estabilidad por parte de las Comunidades Autónomas en el año 2016 confirman la tendencia descrita y aunque la desviación media total de las Comunidades Autónomas sobre el objetivo de estabilidad es mínima, lo cierto es que siguen habiendo algunas Comunidades Autónomas en las que esa desviación es todavía bastante relevante, incluso acercándose a un punto porcentual sobre el PIB regional.

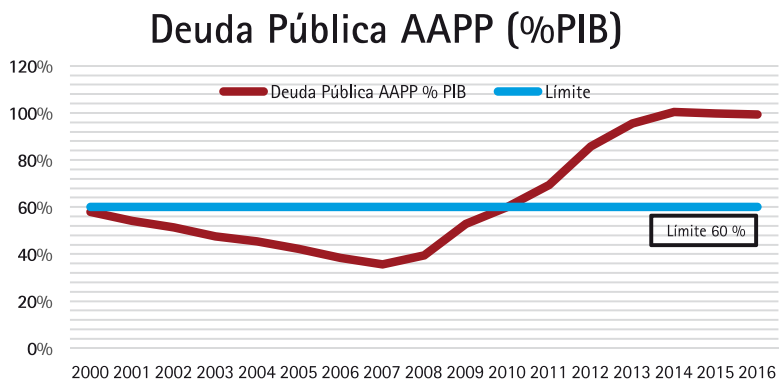
Tabla 10. Déficit público 2016 de las Comunidades Autónomas y desviación sobre el objetivo de estabilidad 2016

Comunidad Autónoma	Déficit 2016 (% PIB)	Objetivo estabilidad	Desviación
Andalucía	-0.65	-0.7	0.1
Aragón	-1.08	-0.7	-0.4
Asturias	-0.49	-0.7	0.2
Cantabria	-1.47	-0.7	-0.8
Castilla León	-0.62	-0.7	0.1
Castilla La Mancha	-0.72	-0.7	0.0
Canarias	-0.33	-0.7	0.4
Cataluña	-0.93	-0.7	-0.2
Extremadura	-1.61	-0.7	-0.9
Galicia	-0.54	-0.7	0.2
Baleares	-0.41	-0.7	0.3
Madrid	-0.63	-0.7	0.1
Murcia	-1.62	-0.7	-0.9
Navarra	-0.67	-0.7	0.0
País Vasco	-0.71	-0.7	0.0
La Rioja	-0.52	-0.7	0.2
Comunidad Valenciana	-1.53	-0.7	-0.8
TOTAL CC.AA	-0.82	-0.7	-0.1

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas

Algo similar ocurre con el nivel de endeudamiento de las Comunidades Autónomas. Hay que señalar que la evolución en los últimos años del nivel de deuda pública de las Administraciones Públicas en España es claramente al alza, muy por encima del límite del 60%PIB fijado por la normativa de referencia. Puede apreciarse en el siguiente gráfico que el aumento vertiginoso de la deuda pública se produce a partir del año 2007, creciendo de manera rápida y sostenida hasta el año 2014 en el que se puede apreciar una tendencia hacia la moderación e incluso hacia la reducción.

Tabla 11. Deuda Pública Administraciones Públicas España (2000-2016)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Esta preocupación por el aumento de la deuda pública española se ha traducido en la fijación de unos objetivos máximos de deuda pública por parte de la autoridad española que tratan de aproximar la realidad a las exigencias que marca el Programa de estabilidad y crecimiento de la UE.

Tabla 12. Objetivos de deuda pública conjunto de Administraciones Públicas

Año	Objetivo %
2016	99.4%
2017	99%
2018	97.7%
2019	95.4%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Como se puede apreciar los objetivos de reducción de la deuda pública no son muy ambiciosos, antes al contrario, la reducción que se plantea es lenta y progresiva pasando a una reducción de 4 puntos porcentuales del PIB en un periodo de 3 años y siguiendo estando muy por encima del límite del 60% PIB establecido por la normativa de referencia. No obstante en el caso de los objetivos de deuda pública para las Comunidades Autónomas debe observarse que la reducción es aún más pausada, dado que la parte más relevante de la deuda pública tiene origen estatal.

Tabla 13. Objetivos de deuda pública CCAA

Año	Objetivo %
2016	24.4%
2017	24.1%
2018	23.6%
2019	22.7%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Como puede observarse la reducción del objetivo de deuda pública en el ámbito de las Comunidades Autónomas se concreta en algo más de 2 puntos porcentuales del PIB en los mismos tres años que hemos analizado anteriormente para el conjunto de las Administraciones Públicas. Ello tiene la lógica explicación del mayor nivel de endeudamiento público llevado a cabo, históricamente, por la Administración del Estado. En todo caso debe recordarse que estos objetivos de deuda pública autonómica siguen estando muy por encima de la distribución del límite máximo de endeudamiento asignado a las Comunidades Autónomas, que según la Ley Orgánica 2/2012 de 7 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, es del 13% del PIB.

Del mismo modo, los objetivos de deuda pública establecidos por el Gobierno distan aún mucho de los datos reales de incidencia de la deuda pública sobre las Comunidades Autónomas.

Tabla 14. Deuda pública CCAA Protocolo déficit excesivo (% PIB)

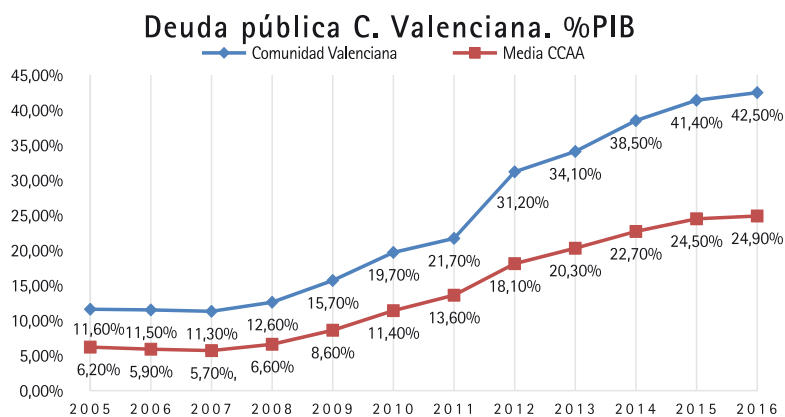
Comunidad Autónoma	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Andalucía	10,2%	15,1%	17,8%	21,2%	22%	22,5%
Aragón	10%	14,2%	16,5%	18,4%	20,6%	21,6%
Asturias	9,6%	12,5%	14,8%	16,9%	17,6%	18,9%
Cantabria	10,3%	16,7%	18,5%	20,3%	21,9%	23%
Castilla León	10,5%	14,8%	16,4%	18%	19,7%	20,4%
Castilla La Mancha	17,8%	27,2%	31%	36%	36,3%	37%
Canarias	9,1%	11,8%	13,4%	15,2%	16,3%	16%
Cataluña	22%	26,8%	30,1%	32,8%	35,6%	35,4%
Extremadura	11,5%	14,4%	15,7%	18,9%	20,7%	22,9%
Galicia	12,7%	15,4%	17,2%	18,5%	18,6%	18,7%

Comunidad Autónoma	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Baleares	18,3%	23,9%	27%	29,7%	30,6%	30,1%
Madrid	8,2%	10,7%	11,9%	13%	14,1%	14,4%
Murcia	10,3%	17,4%	20,9%	25,7%	27,6%	29,1%
Navarra	13,4%	16,2%	17,9%	17,9%	18%	18,2%
País Vasco	8,6%	11,4%	13,2%	13,9%	14,3%	14,5%
La Rioja	11,4%	13,6%	15,2%	17%	18,2%	18,5%
Comunidad Valenciana	21,7%	31,2%	34,1%	38,5%	41,4%	42,5%
TOTAL CCAA	13.6%	18.1%	20.3%	22.7%	24.2%	24.9%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Como puede observarse, en el ámbito de las Comunidades Autónomas no se aprecia una reducción del endeudamiento público. Antes al contrario en la última serie analizada se constata un aumento continuado del nivel de deuda pública en los entes autonómicos. Únicamente las Comunidades Autónomas de Canarias y Baleares han reducido en el año 2016 sus niveles de deuda pública en relación con el año anterior, si bien esa reducción es testimonial en relación con el conjunto de las Comunidades Autónomas, considerando además los valores de partida en el año 2015 de cada una de ellas. Por lo tanto, al contrario que el otro indicador analizado –el déficit público–, se constata que el porcentaje de deuda pública autonómica sobre su PIB sigue aumentando, en clara contraposición con los objetivos de deuda pública autonómica de los últimos tiempos que siguen una tendencia de minoración.

Además puede constatarse igualmente que las cifras de este indicador referidas a la Comunidad Valenciana son históricamente superiores a la media de las Comunidades Autónomas desde el año 2005. Los datos de los últimos años muestran que la brecha entre la Comunidad Valenciana y la media de las Comunidades Autónomas, en relación con el porcentaje de deuda pública, se va aumentando: la diferencia es cada vez mayor, llegando a los 18 puntos porcentuales en el año 2016. Estos datos son acordes a los referidos al nivel de déficit público autonómico en relación con la Comunidad Valenciana, lo cual traduce la mayor necesidad de acudir a este recurso extraordinario que es la deuda pública para intentar ajustar las cifras de déficit público.

Tabla 15. Deuda Pública Comunidad Valenciana y media Comunidades Autónomas. (2005-2016)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Los últimos datos referidos al año 2016 muestran la desviación del objetivo de deuda pública frente a los datos reales de la deuda pública de cada Comunidad Autónoma. En realidad se puede apreciar que los objetivos de deuda pública establecidos por acuerdo de Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 2016 aún están lejos de alcanzarse por la mayoría de las Comunidades Autónomas, confirmando la tendencia al alza en los últimos años del nivel de endeudamiento público. En el caso de la Comunidad Valenciana, la desviación sobre el objetivo de deuda es especialmente destacable, ya no sólo en términos relativos sino en términos absolutos.

Tabla 16. Deuda pública 2016 de las Comunidades Autónomas y desviación sobre el objetivo de Deuda pública, año 2016.

Comunidad Autónoma	Deuda Pública (%PIB) 2016	Objetivo deuda	Desviación
Andalucía	22,5%	22,1%	0,4%
Aragón	21,6%	20,7%	0,9%
Asturias	18,9%	18,4%	0,5%
Cantabria	23%	22,7%	0,3%
Castilla León	20,4%	19,8%	0,6%
Castilla La Mancha	37%	35,6%	1,4%
Canarias	16%	16,2%	-0,8%
Cataluña	35,4%	35,2%	0,2%
Extremadura	22,9%	20,6%	2,3%
Galicia	18,7%	19%	-0,3%
Baleares	30,1%	30,6%	-0,5%

Comunidad Autónoma	Deuda Pública (%PIB) 2016	Objetivo deuda	Desviación
Madrid	14,4%	14.2%	0.2%
Murcia	29,1%	27.3%	1.8%
Navarra	18,2%	18.3%	-0.1%
País Vasco	14,5%	14.6%	-0.1%
La Rioja	18,5%	18.3%	0.2%
Comunidad Valenciana	42,5%	40.8%	1.7%
TOTAL CC.AA	24.9%	24.4%	0.5%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

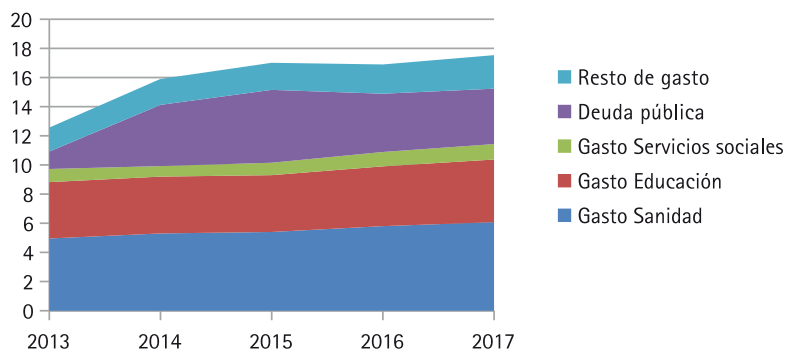
Estos datos demuestran, tal y como se ha dicho, que existen riesgos muy altos para la sostenibilidad financiera y el cumplimiento del límite de deuda en el medio plazo para la Comunidad Valenciana que presenta una dinámica levemente favorable, aunque no lo suficiente como para alcanzar el límite de deuda del 13% del PIB antes de 2014, dado un nivel de partida superior al 40% del PIB en 2016¹⁷.

Todo ello pone de manifiesto que las Comunidades Autónomas son unos actores –no secundarios– en el cumplimiento de las exigencias de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. La descentralización y el reparto competencial no impiden que las Comunidades Autónomas no sólo hayan de sujetarse a las reglas fiscales sino que tienen un cierto protagonismo en las desviaciones sobre las mismas. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto LOPEZ DÍAZ,¹⁸ no cabe establecer una relación directa entre descentralización y déficit y deuda de los entes públicos. Más bien la relación sería inversa, a mayor descentralización menos crisis de las cuentas públicas¹⁸. Aún compartiendo esta tesis, ello no impide afirmar que el cumplimiento de los objetivos de deuda y déficit de las Comunidades Autónomas, aún dista de ser conseguido.

En este contexto, resulta interesante resaltar la incidencia del gasto público social conformador de lo que hemos dado en denominar el Estado de bienestar, en el volumen de gasto de las Comunidades Autónomas, y señaladamente en la Comunidad Valenciana.

17. Autoridad Independiente de responsabilidad fiscal: *Informe sobre los Presupuestos de las Administraciones Públicas para 2017. Comunidad Valenciana*. Pág. 5.

18. LÓPEZ DÍAZ, A.: «Gasto público autonómico y estabilidad presupuestaria», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònòmics*, n 61, 2016, pág. 80.

Tabla 17. Gasto funcional Comunidad Valenciana (2013-2017)**Clasificación funcional Gasto Comunidad Valenciana
(millones de €)**

Fuente elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Como puede observarse la distribución funcional del Gasto público en la Comunidad Valenciana en los últimos años muestra la relevancia prevalente de la atención a las necesidades públicas esenciales que conforman el bienestar de la población. Se puede apreciar una importante franja de gasto en sanidad que se ha mantenido estable en los últimos años, con un ligero incremento al final de la serie, y al mismo tiempo podemos apreciar un gasto público en educación de un montante considerable que igualmente mantiene su cuantía, incrementándose ligeramente en los últimos tiempos. El denominado gasto social o en servicios sociales presenta una cuantía limitada aunque sigue la misma evolución que en los casos anteriores. Podemos constatar que el gasto autonómico en sanidad sigue siendo la parte más importante desde el punto de vista funcional del importe total de los Presupuestos autonómicos y señaladamente del Presupuesto de la Comunidad Valenciana.

Tabla 18. Gasto Presupuestos Comunidad Valenciana 2017 y variación

Comunidad valenciana	Presupuesto 2017 (miles €)	Tasa variación 2017/2016
Sanidad	6.072.586,12	3%
Educación	4.394.327,37	5%
Seguridad y Protección Social	1.066.276,07	6.7%
Deuda pública	3.833.264,28	-5.5%
Resto de funciones	2.358.264,24	16.7%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Estos datos ponen de manifiesto la importancia del denominado gasto social en los Presupuestos de las Comunidades Autónomas y señaladamente en la Comunidad Valenciana. La evolución de tales gastos, en consonancia con la estructura demográfica y la tasa de dependencia en la Comunidad Valenciana, es al alza; esto es, se produce un incremento en los créditos presupuestarios destinados a la satisfacción de tales necesidades públicas.

III. Sostenibilidad y mecanismos de financiación de las Comunidades Autónomas

De acuerdo con la situación descrita, resulta esencial determinar cuáles han sido los mecanismos de financiación que se han utilizado esencialmente para atender las necesidades públicas que conforman el denominado gasto social en las Comunidades Autónomas. Estos mecanismos extraordinarios de financiación tenían como finalidad primordial la de promover la recuperación económica y la de contribuir a la creación de riqueza y empleo.

Esencialmente podemos agrupar el conjunto de medidas extraordinarias de financiación en dos grandes grupos. En primer lugar nos encontramos con el mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de servicios de las Comunidades Autónomas; mecanismo que se estructuró en tres fases sucesivas para atender el pago de obligaciones pendientes mediante operaciones de crédito. En segundo lugar, el legislador aprobó un conjunto de medidas que complementando el mecanismo extraordinario de pago a proveedores, trataba de instrumentar mecanismos de apoyo a la liquidez de las Comunidades Autónomas con la finalidad de atender los vencimientos de deuda así como para obtener los recursos necesarios para financiar el endeudamiento permitido por la normativa, si bien garantizando el último destino de esa financiación al pago a proveedores. Analizando brevemente cada uno de estos dos grupos de medidas, puede señalarse que fue el Acuerdo 6/2012 de 6 de marzo del Consejo de Política Fiscal y Financiera el que fijó las líneas generales del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las

Comunidades Autónomas¹⁹. Con esta primera medida, «se desea que se instrumente, de manera inmediata, un mecanismo de carácter extraordinario que facilite a las Comunidades Autónomas cancelar, mediante una operación de crédito, las obligaciones anteriores al 1 de enero de 2012, pendientes de pago con sus proveedores, todo ello complementado con la debida condicionalidad fiscal»

El acceso a este mecanismo extraordinario de financiación estaba sujeto a condicionalidad fiscal, por lo que la Comunidad Autónoma que deseara acceder al mecanismo previsto en el Acuerdo había de contar con un informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Las Comunidades Autónomas se comprometían a remitir, antes del 30 de abril, un plan de ajuste al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuya duración había de comprender el período de amortización previsto para la operación de endeudamiento derivada de este mecanismo. El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas remitiría su informe sobre condicionalidad fiscal en el plazo máximo de 15 días hábiles a contar desde la recepción en el mismo de la documentación solicitada a la Comunidad Autónoma

Los proveedores que figuren en la relación prevista y los que tengan derecho al cobro de podrían voluntariamente hacerlo efectivo mediante presentación al cobro en las entidades de crédito. El abono a favor del proveedor conllevaba la extinción de la deuda contraída por la Comunidad Autónoma con el mismo por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios.

Asimismo, las Comunidades Autónomas que desearan acogerse a este mecanismo habían de remitir al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas una solicitud de endeudamiento por el importe total del crédito transmitido por sus proveedores a las entidades de crédito.

Sobre la base de estas actuaciones, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas eleva al Consejo de Ministros un expediente de auto-

19. Resolución de 13 de abril de 2012, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas (BOE de 14 de abril). Según este Acuerdo serán objeto de atención las obligaciones pendientes de pago que reúnan ciertos requisitos: ser vencidas, liquidas y exigibles. Si las obligaciones pendientes de pago estuvieran pendientes de aplicar a presupuesto, deberán aplicarse al presupuesto vigente para 2012; Que la recepción, en el registro administrativo de la Comunidad Autónoma, de la correspondiente factura, factura rectificativa en su caso, o solicitud de pago equivalente haya tenido lugar antes del 1 de enero de 2012; Que se trate de contratos incluidos en el ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; Se excluyen las obligaciones contraídas por las Comunidades Autónomas con otras Comunidades, con la Administración General del Estado o cualquiera de sus organismos y entidades dependientes, la Administración de las Entidades Locales o cualquiera de sus organismos y entidades dependientes, y con la Seguridad Social.

rización del endeudamiento adicional derivado de este mecanismo en los términos previstos en los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera en materia de endeudamiento.

El Decreto Ley 4/2013, de 2 de febrero de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo supuso una segunda fase del mecanismo de pago a proveedores, caracterizada por una ampliación del ámbito subjetivo de los proveedores beneficiados de este instrumento, así como por una extensión del ámbito de deudas pendientes anteriores a 2012, que con esta norma permitiría atender a determinadas figuras contractuales que en la primera fase de este instrumento no habían tenido cabida²⁰.

La tercera y última fase de este mecanismo de pago a proveedores tuvo lugar con el Real Decreto 8/2013, de 28 de junio, de medida urgente contra la morosidad de las Administraciones Públicas y de apoyo a las entidades locales. Mediante esta norma nuevamente se amplía tanto el ámbito subjetivo como objetivo de aplicación y se establecen las especialidades del procedimiento necesarias con el objetivo de ayudar a las Comunidades Autónomas a reducir su deuda comercial acumulada y que puedan estar en mejores condiciones de cumplir con las nuevas reformas estructurales de control de la deuda comercial. Por primera vez podrán ser incluidas las obligaciones adquiridas por las Universidades públicas de las Comunidades Autónomas, así como aquellas derivadas de indemnizaciones por expropiaciones reconocidas en sentencia judicial firme, las transferencias de las Comunidades Autónomas a Entidades Locales derivadas de alguna de las relaciones jurídicas previstas en el Real Decreto-Ley, o las transferencias a instituciones sin ánimo de lucro²¹.

Todas estas tres fases de este instrumento de financiación perseguían eliminar o reducir al máximo el conjunto de deuda comercial existente a cargo de las Comunidades Autónomas.

El segundo gran bloque de medidas extraordinarias trata de fortalecer la liquidez de las Comunidades Autónomas, mediante la obtención de financiación y el acceso a mercados financieros. La primera medida se instrumentó mediante el Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero. Esta norma crea un mecanismo de apoyo a la liquidez a las Comunidades Autónomas, de carácter temporal y voluntario, que permitía atender los vencimientos de la deuda de las Comunidades Autónomas, así como obtener los recursos necesarios para financiar el endeudamiento permitido por la normativa de estabilidad presupuestaria. Se instrumentó, por lo

20. Artículo 29 del Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero.

21. Artículo 12 del Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio.

tanto, el Fondo de Liquidez Autonómica que operó durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014²².

En el momento presente los mecanismos de financiación para fomentar la liquidez se regulan por el Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico. «El objetivo de este real decreto-ley, por tanto, es doble. Por una parte pone en marcha nuevos mecanismos que permitan compartir los ahorros financieros entre todas las Administraciones, priorizar la atención del gasto social, seguir ayudando a las Administraciones con mayores dificultades de financiación e impulsar a las que han conseguido superarlas, y por otra parte se simplifica y reduce el número de fondos creados para financiar mecanismos de apoyo a la liquidez, mejorando la eficiencia de su gestión. Entre los nuevos mecanismos que se crean, la atención al gasto social ocupa un lugar prioritario. Contar con financiación suficiente para el gasto social supone una garantía decisiva para la adecuada prestación de servicios públicos esenciales, como son la educación, la sanidad y los servicios sociales, pilares básicos de un Estado social y democrático de Derecho²³». Tal y como se dice en la exposición de motivos, el gasto social es un elemento esencial en la configuración de los nuevos mecanismos de liquidez de las Comunidades Autónomas: «Con el objetivo de profundizar en las garantías del gasto social, no sólo se adoptan medidas coyunturales que ayuden a las Comunidades Autónomas a cancelar su deuda pendiente a 31 de diciembre de 2014 derivada de convenios suscritos con Entidades Locales en materia de gasto social y de otras transferencias en dicha materia, como la creación de un nuevo mecanismo de apoyo a la liquidez, el Fondo social, sino que también se establece un conjunto de reformas estructurales que permitan a futuro que los servicios educativos, sanitarios y relativos a los servicios sociales que prestan las Entidades Locales, como Administración más próxima al ciudadano, cuenten con la adecuada financiación».

Con todo ello se crea el Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas que tiene la consideración de mecanismo adicional de financiación tal y como recoge la Disposición Adicional primera de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. El Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas dispone de cuatro compartimentos con características y condiciones propias: Fa-

22. El Fondo de Liquidez Autonómico -FLA- (durante 2012, 2013 y 2014) se configura como un mecanismo de apoyo a la liquidez de las CCAA. Se trata de un mecanismo temporal y voluntario destinado a financiar vencimientos de deuda así como el resto del endeudamiento permitido por la normativa de estabilidad presupuestaria.

23. Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre.

ilidad Financiera²⁴, Fondo de liquidez autonómica, con efectos desde 1 de enero de 2015²⁵, Fondo social²⁶ y Fondo en liquidación para la financiación de los pagos a los proveedores de Comunidades Autónomas. Tomando como referencia el Informe sobre los mecanismos de financiación de las Comunidades Autónomas publicado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas podemos señalar que las cifras globales referidas a los importes abonados directamente a los proveedores de las Comunidades Autónomas entre los años 2012-2015, han aumentado de manera constante en relación con los fondos de liquidez y los fondos de financiación de las Comunidades Autónomas.

Tabla 19. Resumen importe fondos de financiación de Comunidad Valenciana y total CCAA (2012-2015) (miles de euros)

	Fondo liquidez autonómica			Fondo Financiación CCAA (FLA, FF y FS)	TOTAL Fondos financiación CCAA
	2012	2013	2014	2015	
Comunidad Valenciana	1.153.032,69	1.151.662,36	2.787.131,00	4.525.449,75	9.617.275,79
Total CCAA	6.297.418,67	7.250.695,99	12.081.653,66	17.330.794,74	42.960.563,03

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Puede apreciarse la tendencia al alza del recurso a los fondos de financiación autonómica desde el año 2012, pudiendo afirmarse que el peso que la Comunidad Valenciana tiene en el destino de tales fondos es muy relevante, a la vista de los datos señalados.

Según la finalidad del gasto abonado por tales mecanismos de financiación, puede afirmarse que en el conjunto de las Comunidades Autónomas, el 75,5% de las facturas abonadas se han destinado a lo que podríamos denominar gasto social o necesidades públicas esenciales, lo

24. El compartimento Facilidad Financiera está destinado a las Comunidades Autónomas que cumplan los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, y cuyo período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad. Su ámbito objetivo es similar al del fondo de liquidez autonómica, pero no le aplica la condicionalidad fiscal.

25. Fondo de Liquidez Autonómico, sucesor del anterior FLA para atender vencimientos de valores, préstamos, financiación del déficit, de liquidaciones negativas del sistema de financiación y otras necesidades aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, sujeto a condicionalidad fiscal.

26. Fondo Social: destinado a financiar a Comunidades Autónomas las obligaciones pendientes de pago vencidas, líquidas y exigibles a 31 de diciembre de 2014, derivadas de convenios suscritos en materia social entre las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, así como otras transferencias en materia de gasto social.

cual incluiría el gasto en sanidad, educación y servicios sociales. De entre todos ellos, un 65% del total del importe de tales mecanismos se ha destinado a gasto sanitario.

Tabla 20. Finalidad de gasto abonada por mecanismos de financiación (%)

Comunidades Autónomas	Sanidad	Educación	Servicios Sociales	Resto
Comunidad Valenciana	60.4%	7.7%	6.3%	25.5%
Total CCAA	65%	4.9%	5.8%	24.3%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

En el caso de la Comunidad Valenciana, el total del gasto social financiado con tales mecanismos de financiación se eleva al 74%, destacando el destino al gasto sanitario que alcanzaría un 60.4%. Una primera consideración permitiría afirmar que la parte más relevante del gasto atendido mediante tales mecanismos es el gasto sanitario.

Desglosando esta información en relación con los diferentes mecanismos de financiación, analizaremos la distribución del montante económico del mecanismo de pago a proveedores entre las diferentes Comunidades Autónomas y el destino funcional que tal importe se ha dado según la finalidad del gasto atendido. Igual procederemos para analizar la financiación procedente del Fondo de liquidez autonómica (FLA, 2012-2014) y el fondo de financiación a Comunidades Autónomas (2015), analizando en particular el Fondo social.

En relación con el mecanismo de pago a proveedores, podemos señalar que en sus diferentes fases la Comunidad Valenciana ha sido la que ha recibido el mayor importe de entre todas las Comunidades Autónomas, llegando a percibir un total de 7.519 millones €.

Tabla 21. Importe asignado del mecanismo de pago a proveedores a Comunidades Autónomas



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

La finalidad del gasto atendido por este mecanismo de pago a proveedores muestra que la mayor parte del mismo se refiere al gasto en sanidad, tanto en referencia a la Comunidad Valenciana como al conjunto de las Comunidades Autónomas.

Tabla 22. Finalidad de gasto abonada por mecanismos de financiación pago a proveedores

Comunidades Autónomas	Sanidad	Educación	Servicios Sociales	Resto
Comunidad Valenciana	54.0%	2%	1.7%	42.3%
Total CCAA	61.6%	2%	2.3%	34.1%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

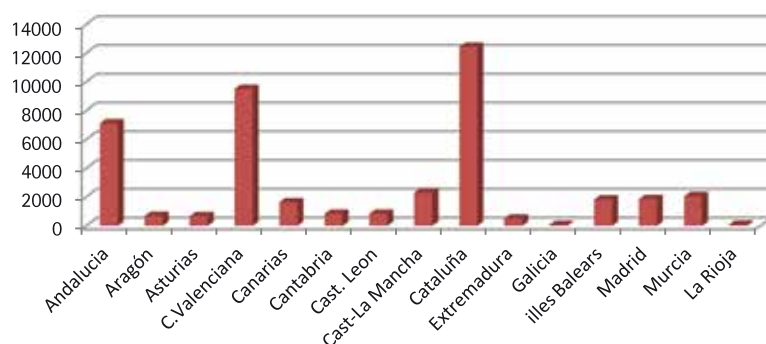
Esta tendencia se ha manifestado igualmente en relación con el Fondo de financiación a Comunidades Autónomas. En este sentido podemos distinguir el mecanismo del FLA y Facilidad financiera por un lado y el fondo social por otro.

Analizando las cifras globales del FLA y Facilidad Financiera, debemos recordar la diferente configuración en los años 2012-2014 frente a la reforma que entró en vigor en 2015 que reestructuró tales fondos, podemos señalar que la Comunidad Valenciana es la segunda Comunidad Autónoma que mayor importe de la dotación ha recibido, sólo por detrás de Cataluña. Además debe señalarse que una de las finalidades de estos

fondos era la de obtener los recursos necesarios para financiar el endeudamiento permitido por la normativa de estabilidad presupuestaria, lo cual permitía tender tanto el pago de interés de la deuda, como el pago preferente a proveedores y a determinadas categorías de gasto consideradas prioritarias.

Tabla 23. Importe asignado del Fondo Liquidez Autonómica (FLA) y Facilidad Financiera a Comunidades Autónomas (millones de €)

Cifras globales FLA y Facilidad Financiera (millones de €)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

La tendencia al uso de tal mecanismo a la finalidad de gasto social, y en particular al gasto sanitario se vuelve a confirmar, destinando en más de un 60% a la satisfacción de necesidades públicas vinculadas con la salud.

Tabla 24. Finalidad de gasto abonada por el FLA y Facilidad Financiera (%)

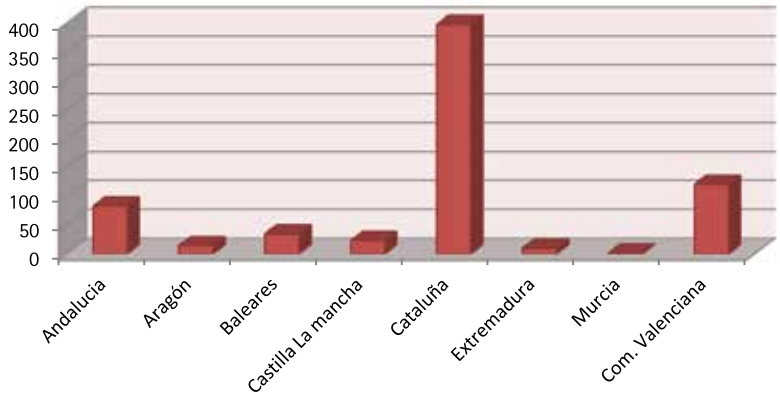
Comunidades Autónomas	Sanidad	Educación	Servicios Sociales	Resto
Comunidad Valenciana	66.2%	12.1%	9.2%	12.5%
Total CCAA	68.2%	6.8%	7.4%	17.6%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

En relación con el Fondo Social, los datos de distribución de los 684 millones de euros asignados por la Comisión Delegado del Gobierno para asuntos económicos, muestran que la Comunidad valenciana es, con diferencia, la segunda Comunidad de destino de los mismos, debiendo considerar el destino de los mismos.

Tabla 25. Importe asignado del Fondo Social a Comunidades Autónomas (millones de €)

Fondo Social por CCAA (millones €)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Finalmente en cuanto a la finalidad del gasto según la clasificación funcional de los gastos atendidos podemos ver que, por su propia naturaleza los gastos vinculados a Servicios sociales constituyen la parte esencial del destino de las asignaciones de tal Fondo social, siendo los gastos derivados de educación los que son atendidos en segundo término por importancia.

Tabla 26. Finalidad de gasto abonada por el Fondo Social

Comunidades Autónomas	Sanidad	Educación	Servicios Sociales	Fomento del empleo
Comunidad Valenciana	4.82%	24.53%	65.71%	4.94%
Total CCAA	15,65%	15.9%	64.72%	3.73%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio Hacienda y AAPP.

Finalmente, puede señalarse como otra medida de apoyo a la financiación, aunque en mi opinión es más una medida de control que otra cosa, la consistente en la aplicación del principio de prudencia financiera a las Comunidades Autónomas. El artículo 5 del Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, señala que las Comunidades Autónomas adheridas a algunos de los compartimentos del Fondo de financiación de Comunidades Autónomas deberán someterse a las condiciones de prudencia fijadas por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. Este principio-exigencia responde a la necesidad de que los mecanismos de financiación

cumplan unas mínimas garantías de transparencia en la información y prudencia financiera. Se trata de un marco normativo de condiciones financieras al que deben adaptarse todas las operaciones que suscriban las entidades sometidas a este principio, en el que se fija un límite de coste máximo de las operaciones de endeudamiento, así como limitaciones y prohibiciones de endeudamiento.

IV. Conclusiones

A la luz del análisis realizado, podemos llegar al convencimiento de algunas conclusiones. En primer lugar, la configuración constitucional del Estado social recogido en el artículo 1.1 y la necesidad de asegurar algunas necesidades colectivas mínimas, ha supuesto una configuración territorial y un reparto competencial constitucional que ha motivado que buena parte de la responsabilidad en el gasto de esas necesidades públicas que garantizan el bienestar social y hacen presente el Estado social, recaiga en las Comunidades Autónomas. Esa distribución y asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas ha provocado la descentralización económico-financiera del gasto público derivado del Estado del bienestar en las Comunidades Autónomas, referido a algunos servicios públicos fundamentales como por ejemplo, sanidad, educación y servicios sociales.

La financiación del denominado Estado de bienestar ha estado condicionada por dos variables muy diferentes que han incidido en el desarrollo de las políticas sociales por parte de las Administraciones Públicas encargadas de su gestión. Me estoy refiriendo al factor socio-demográfico que viene influyendo de manera decisiva en el gasto social, y a la financiación del gasto social de las Comunidades Autónomas provocada por la crisis económica y las dificultades de financiación derivadas de la crisis financiera, lo cual ha afectado de manera evidente al cumplimiento de las obligaciones públicas de las Administraciones Públicas, señaladamente de las Comunidades Autónomas, y al pago de sus proveedores, en lo referente a las necesidades que configuran el Estado de Bienestar.

El panorama demográfico descrito resulta de ineludible planteamiento para valorar el efecto que este factor despliega en el gasto público autonómico. Aunque es cierto que no puede considerarse como el único argumento explicativo de la evolución del gasto público autonómico, sí creo que constituye un elemento esencial en la configuración funcional del gasto que conforma el denominado Estado de Bienestar.

Las Comunidades Autónomas están sujetas a las reglas presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad presupuestaria que viene establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Se ha observado una evolución negativa del déficit público global y autonómico a partir del año 2008 que se

mantiene en los siguientes años, si bien puede observarse una clara tendencia hacia la consecución del déficit límite del 3%. Algo similar ocurre con el nivel de deuda pública de las Comunidades Autónomas. La evolución en los últimos años del nivel de deuda pública de las Administraciones Públicas en España es claramente al alza, muy por encima del límite del 60% PIB fijado por la normativa de referencia. El aumento vertiginoso de la deuda pública se produce a partir del año 2007, creciendo de manera rápida y sostenida hasta el año 2014 en el que se puede apreciar una tendencia hacia la moderación e incluso hacia la reducción. Los últimos datos referidos al año 2016 muestran la desviación del objetivo de deuda pública frente a los datos reales de la deuda pública de cada Comunidad Autónoma. Los objetivos de deuda pública establecidos por acuerdo de Consejo de Ministros aún están lejos de alcanzarse por la mayoría de las Comunidades Autónomas, confirmando la tendencia al alza en los últimos años del nivel de endeudamiento público. En el caso de la Comunidad Valenciana, la desviación sobre el objetivo de deuda es especialmente destacable, ya no sólo en términos relativos sino en términos absolutos. El gasto público autonómico en sanidad sigue siendo la parte más importante desde el punto de vista funcional del importe total de los Presupuestos autonómicos y señaladamente del Presupuesto de la Comunidad Valenciana. La evolución de tales gastos, en consonancia con la estructura demográfica y la tasa de dependencia en la Comunidad Valenciana, es al alza; esto es, existe un incremento en los créditos presupuestarios destinados a la satisfacción de tales necesidades públicas.

La forma de afrontar tal situación ha sido la de establecer por parte del legislador, unos mecanismos extraordinarios de financiación que tienen como finalidad primordial la de promover la recuperación económica y la de contribuir a la creación de riqueza y empleo. Por un lado está el mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de servicios de las Comunidades Autónomas; mecanismo que se estructuró en tres fases sucesivas para atender el pago de obligaciones pendientes mediante operaciones de crédito. Por otro lado, el legislador instrumentó mecanismos de apoyo a la liquidez de las Comunidades Autónomas con la finalidad de atender los vencimientos de deuda así como para obtener los recursos necesarios para financiar el endeudamiento permitido por la normativa, si bien garantizando el último destino de esa financiación al pago a proveedores.

Todos estos mecanismos han sido objeto de distribución entre las Comunidades Autónomas que lo han solicitado y necesitado, siendo la Comunidad Valenciana la segunda Comunidad Autónoma que más financiación mediante esta vía ha recibido. Además en todos los mecanismos extraordinarios de financiación descritos el importe esencial ha sido destinado al denominado gasto vinculado al Estado del Bienestar, esto es, sanidad, educación y servicios sociales. Ello demuestra que la

sostenibilidad financiera del Estado de Bienestar en las Comunidades Autónomas, y en particular en la Comunidad Valenciana ha sido instrumentada de manera eficaz a través de los mecanismos extraordinarios de financiación regulados esencialmente por el Real Decreto-Ley 17/2014 de 26 diciembre.

Bibliografía

- AIRF: AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL: *Informe sobre los Presupuestos de las Administraciones Públicas para 2017. Comunidad Valenciana*
 - *Informe sobre el establecimiento de los objetivos individuales de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para las Comunidades Autónomas*. 2016.
- CUENCA, A.: «Estabilidad y sostenibilidad de las cuentas públicas en España», *Cuadernos de Información económica*, nº 252, 2016.
 - «Las Comunidades Autónomas en 2015: estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», en *Cuadernos de Información económica*, nº 246, 2015.
- DE LA FUENTE, A.: «Estado de bienestar y Estado autonómico», *Instituto de Análisis Económico, CSIC*, noviembre de 2009
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ/LÓPEZ DEL PASO/RUEDA LÓPEZ: «Un análisis comparado del gasto público autonómico», en *Colección Mediterráneo Económico: Un balance del Estado de las Autonomías*, nº 10
- GIL RUIZ-ESPARZA/IGLESIAS QUINTANA: «El gasto público en España en un contexto descentralizado», *Presupuesto y Gasto Público*, nº 47, 2007
- LÓPEZ DÍAZ, A.: «Gasto público autonómico y estabilidad presupuestaria», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, n 61, 2016
 - «La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España», *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid, Civitas, 157, 2013
- MARTÍNEZ GINER, L.A.: «El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria», en *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, nº 115, 2002.
- NAVARRO FAURE, A.: «La conciliación entre la estabilidad presupuestaria y la Hacienda autonómica social», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, n 61, 2016,
- RUIZ ALMENDRAL/ CUENCA, A.: «Estabilidad presupuestaria en las Comunidades Autónomas: más allá de la reforma de la Constitución», en *Cuadernos de Información Económica*, nº 241, 2014,
- SECRETARIA GENERAL DE COORDINACIÓN AUTONÓMICA Y LOCAL: Informe sobre los mecanismos de financiación de las Comunidades Autó-

nomas (Balance 2012-2015). Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ECONOMÍA INTERNACIONAL: «El *six pack* de la reforma del gobierno económico en la Unión Europea», *Boletín Económico del ICE*, nº 3022, 2012

Resumen

En este trabajo se afronta el estudio de la evolución del gasto público autonómico vinculado con las necesidades públicas del Estado de bienestar, así como los mecanismos de financiación extraordinarios que han permitido atender el gasto social, con pleno sometimiento a las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera aplicables a las Comunidades Autónomas. De los datos obtenidos podemos señalar que el factor demográfico y los factores de dependencia son elementos que inciden claramente en el progresivo aumento del gasto social en las Comunidades Autónomas. Además, se ha constatado que el destino funcional de la financiación mediante los fondos y mecanismos de financiación habilitados por el Estado se destinan esencialmente al gasto sanitario y en una media relevante al gasto social en general.

PALABRAS CLAVE: Sostenibilidad financiera, estabilidad presupuestaria, gasto social, Estado de bienestar, deuda pública, autonomía, fondos de liquidez.

Una agenda valenciana de transformació social: un nou model social valencià

Texto de:

F. Xavier Uceda Maza¹

Delegat del Consell per al Model Social Valencià²

Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives Generalitat Valenciana

SUMARI: I INTRODUCCIÓ. II LES CLAUS DEL NOU MODEL SOCIAL VALENCIÀ EN EL MARC DE L'ESTAT DE BENESTAR. 1.-La igualtat i la inclusió social com a horitzó. 2.-La materialització en drets socials: El codi social valencià. 3.-L'enfortiment de l'espai local com a essencial. 4.-La inversió social com a paradigma. A) L'envelliment actiu. B) El desenvolupament de les prestacions i serveis del catàleg de la Llei de Dependència. C) La implantació de la Renda Valenciana d'Inclusió. 5.-L'aposta per la presa de decisions basada en evidències: planificació, formació, investigació i gestió del coneixement. II.- UN INSTRUMENT EN TRANSFORMACIÓ PER A LA IMPLANTACIÓ DEL NOU MODEL: EL SISTEMA PÚBLIC DE SERVEIS SOCIALS. 1.- La nova Llei de Serveis Socials Inclusius de la Comunitat Valenciana. 2.- Llei de Renda Valenciana d'Inclusió. III.- PER TAL DE CON-CLOURE. IV.-BIBLIOGRAFIA.

1. Treballador social i sociòleg. Màster en Cooperació Internacional. Diploma d'Estudis Avançats en benestar social i desenvolupament local. Doctor en desenvolupament local i territori. Professor de serveis socials de la Universitat de València.

2 Al Decret 5/2017, de 20 de gener, del Consell, pel qual s'aprova el Reglament orgànic i funcional de la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, es diu textualment: «Sota l'autoritat de la persona titular de la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, la Delegació del Consell per al Model Social Valencià és l'òrgan superior que assumeix les funcions que li atribueix l'article 68 de la Llei 5/1983, de 30 de desembre, de Govern Valencià, en matèria de disseny de les polítiques d'igualtat, de drets socials universals i de societat inclusiva.

I. Introducció

Durant els últims dos segles han anat sorgint dos classes de drets considerats com a fonamentals i inherents a les persones pel simple fet de ser persones, els Drets Polítics i Civils i els Drets Econòmics, Socials, tots dos considerats com a base dels Drets Humans, i als que se'ls afegiran els Drets dels Pobles, que inclou el dret al desenvolupament que permeta una vida digna o el lliure desenvolupament de la personalitat, i, fins i tot, una quarta i una cinquena generació de drets, amb referència a les noves tecnologies i al medi ambient.

Així, els Drets Humans estan conformats, en la seua fonamentació bàsica, per una banda, pels Drets Polítics i Civils que versen sobre els drets a la vida; a la integritat personal; a la igualtat; a la llibertat; a l'honor; a la vida privada; a la informació; a la justícia; a la vida política; a l'asil; nacionalitat; migració i estrangeria, etc. Aquests drets són vinculants als països democràtics i estan recollits en les seues Constitucions.

L'altra banda d'aquests Drets Humans són els Drets Econòmics, Socials i Culturals que versen sobre dret: a la seguretat social; a la salut; a l'educació; a un nivell de vida adequat i mitjans de subsistència (habitatge, alimentació, aigua,...); a la protecció a la família; a la protecció al medi ambient; a drets laborals i a l'ocupació o a la diversitat cultural i dels Pobles.

En el context europeu aquests drets econòmics, socials i culturals s'inicien amb la Carta Social Europea de 1961, i avancen en 1989 amb l'aprovació de la Carta Comunitària de Drets Socials Fonamentals dels Treballadors. L'any 2000 es va aprovar la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, on es reconeixien amb aquesta categoria de fonamentals els drets socials. Aquesta Carta és vinculant per als Estats membres ja que així la van ratificar tots ells l'any 2007, i en ella s'estableix que qualsevol persona té la possibilitat de denunciar davant els tribunals la violació d'aquests drets socials, però encara no s'han donat els passos necessaris per garantir la seua plena protecció davant la violació dels mateixos.

Al cim del nostre ordenament jurídic, la Constitució proclama que «Espanya es constitueix en un Estat social i democràtic de Dret, que propugna com a valors superiors del seu ordenament jurídic la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític» (art.1). Segons això, i seguint les tesi de Ferrajoli (1995) es presuposa que estem en un Estat de dret social i no en un Estat de dret liberal.

Aquest Estat de dret social es caracteritza per incorporar «obligacions que requereixen prestacions positives en garantia dels drets socials» (Ferrajoli, 1995: 861), i això és el que diu la nostra Constitució de forma clara al llarg del seu articulat; drets de les persones (art.10), igualtat davant la llei (art.14), protecció judicial dels drets (art.24), a l'educació (art.27), al treball i a una remuneració suficient per satisfer les seues necessitats i les de la seua família (art.35), a la protecció a la família i a la infància (art. 39), a

la distribució de la renda tant de forma regional com personal (art.40), a assistència i prestacions de la seguretat social (art.41), a la salut (art. 43), a un habitatge digne i adequat (art.47), atenció a la diversitat funcional (art.49), atenció a la tercera edat (art.50),... tots ells considerats drets en la nostra Constitució i inclosos dins del Títol I denominat dels drets i deures fonamentals, però com s'ha esmentat anteriorment, alguns d'aquests drets tenen més «prestigi» que uns altres, i així ens ho indica l'art.53.3 de la nostra Constitució.

Tots i totes som coneixedors que a Espanya els drets socials no han estat mai considerats com a drets fonamentals, són mers principis rectors de la política social i econòmica, i solament poden ser exigits davant la justícia ordinària si existeix aquesta possibilitat en les diverses lleis sectorials que els regulen. Els drets socials de major implantació en Espanya, tant per la seua força conceptual i el seu arrelament cultural, com per la seua exigibilitat judicial, són el dret a la salut, i, tot i que de forma més restrictiva, el dret a l'educació i a pensions (que no ingressos de garantia de subsistència). Han quedat fora d'aquests drets socials considerats com a exigibles al no tenir legislació sectorial pròpia; el dret a l'habitatge, al treball, als serveis socials, a la subsistència, etc.

La Comunitat Valenciana va ser capdavantera en introduir al seu Estatut d'Autonomia, després de la seua reforma de 2006, la menció específica als drets socials mitjançant l'article 10 que assenyala que «la Generalitat defensarà i promourà els drets socials dels valencians que representen un àmbit inseparable del respecte dels valors i drets universals de les persones i que constitueixen un dels fonaments cívics del progrés econòmic, cultural i tecnològic de la Comunitat Valenciana».

En aquesta legislatura, la del «Pacte del Botànic» i amb l'impuls personal de la Vicepresidenta i Consellera d'Igualtat i Politiques Inclusives³, tenim l'horitzó d'avançar en polítiques d'igualtat, de drets socials universals i de societat inclusiva des d'una concepció moderna, adaptant les polítiques socials a les persones, generant un marc estable i planificat, solidari i de dret subjectiu, essent eficaços i eficients, la qual cosa ens obliga a pensar en un sistema orientat al bé comú, a satisfer i solucionar problemes socials que afecten a les persones, per tant a tindre una intencionalitat política definida i unes accions planificades i coordinades a curt, mitjà i llarg termini.

Sens dubte, situar els drets socials en la línia de ser considerats drets fonamentals i garantits, passa per recuperar la política i la qüestió de les seues finalitats (Pedrol, 2009).

3. Sra Mónica Oltra Jarque.

II. Les claus del nou model social valencià en el marc de l'estat de benestar

L'Estat de Benestar no és un valor o constructe polític-cultural que puga ser interpretat de la mateixa manera en tots els territoris i èpoques. No és un valor universal, sinó universalitzable (Aymerich, 2013)⁴. El que el converteix en universal per a un territori o país és la legislació que es crea per a la seua instauració i desenvolupament. L'Estat de Benestar té així diverses concepcions ideològiques i desenvolupaments legislatius, depenent del país (o regió) d'Europa de la qual parlem.

A Espanya, l'Estat de Benestar sorgeix amb l'aprovació de la Constitució de 1978. Anteriorment va tenir uns precedents⁵ interessants que van servir de base per a la configuració del text constitucional. Aquests precedents van fer que l'Estat assumira la competència en alguns d'ells i deixara altres sistemes, no desenvolupats en eixe moment, com a competència exclusiva de les Comunitats Autònomes.

Els sistemes de benestar declarats com a competència exclusiva⁶ de l'Estat van ser: el sistema sanitari (art.149.1.16 CE); el sistema de garantia de rendes (at.149.1.17 CE) (denominat en el text constitucional «sistema de la seguretat social» i que recull pensions i desocupació); i el sistema educatiu (art. 149.1.30 CE). Els sistemes de benestar declarats com a competència exclusiva de les comunitats autònomes van ser: habitatge (art.

4. Indica Aymerich (2013) que en moltes ocasions una solució a un problema particular, un fenomen purament local, com va ocórrer amb la «qüestió social» generada per la industrialització, s'exporta a altres contextos culturals i es difon fins a convertir-se en un patró generalitzat de conducta similar (universalizable), però no igual (universal), ja que la solució està intervinguda per les pròpies singularitats de la nova societat que l'adopta.

5. Els elements precursors de l'Estat de Benestar a Espanya són; l'aprovació en 1967 de la Llei de Bases de la Seguretat Social que contenia les prestacions mèdiques (salut) i econòmiques (pensions), i l'aprovació en 1970 de la Llei General d'Educació.

6. Huí en dia, aquests sistemes del Benestar estan completament transferits, encara que les CC.AA han de respectar la legislació general sectorial que l'Estat aprobe per a ells. Segueix sent competència exclusiva del govern central el sistema de garantia de rendes (pensions i desocupació).

148.1.4 CE) i «assistència social⁷» (art.148.1.20 CE). El sistema de serveis socials es va deixar en mans de cada comunitat autònoma, per la qual cosa en realitat existeixen dèsset sistemes de serveis socials diferents a Espanya (Vilà, 2012).

Aquest és el context espanyol en el qual es desenvolupa el Model Social Valencià (MSV), el qual també es troba en confluència amb el Model Social Europeu (MSE) com a projecte articulat al voltant de la solidaritat col·lectiva, l'equitat social i l'eficiència productiva.

Els principis que delimiten el MSE contrasten amb altres sistemes socioeconòmics on l'individualisme re-mercantilitzador és el tret més característic de les polítiques del benestar. Aquest MSE promou la ciutadania social entesa com a una limitació a la desigualtat social i econòmica, una major protecció als més vulnerables i un partenariat social actiu. Com a objectiu estratègic, el MSE afavoreix el creixement econòmic sostingut i sostenible basat en la cohesió social⁸ (Giddens, 2006).

En aquest sentit, l'ideal de cohesió social en la pràctica de les polítiques econòmiques i socials, així com en l'organització institucional del benestar, presenta una diversitat de matisos. Per a la Confederació Europea de Sindicats, per exemple, el concepte de cohesió social implica una millora de les condicions de vida i treball de la ciutadania basada en la plena ocupació, treballs de qualitat, igualtat d'oportunitats, protecció social per a tothom, inserció social i participació ciutadana. Per a la visió de la patronal menys oposada a la flexiseguretat, la cohesió es traduiria en una combinació d'acomiadaments més fàcils, encara que amb altres prestacions per a les persones desocupades i una política social proactiva cap el mercat laboral. L'Assemblea de les Regions Europees afegix la igualtat de gènere i l'accés universal a prestacions i serveis socials basat en la solidaritat (Moreno y Serrano, 2009).

7. En l'esborrany de la llei se li va denominar «beneficència». Això ens dóna una idea del que pensaven els pares fundadors de la Constitució respecte a la necessitat/obligació pública d'atendre les necessitats socials de les quals havia d'ocupar-se aquest sistema; de la concepció ideològica sobre el mateix, situant-lo dins del règim del Benestar tipificat com a «familista mediterrani», on la família és la que ha de fer-se càrrec d'aquestes necessitats (Moreno, 2012). Després d'al·legacions del Consell General de Treball Social d'Espanya i d'alguns parlamentaris, va passar a denominar-se «assistència social», ja que el terme «serveis socials» el van voler reservar els redactors de la Constitució per a referir-se exclusivament a la protecció de la tercera edat cotitzadora a la seguretat social (art.50 CE).

8. Encara que des de l'inici de la crisi econòmica i financera internacional la Unió Europea canvià les seues directrius de política econòmica passant d'un Keynesianisme feble a una actuació decidida i obsessiva contra el dèficit i el deute públic. (Muñoz, 2016).

Les directrius europees sobre serveis social⁹ i inclusió social¹⁰ assenyalen que els serveis socials tenen com a repte avançar en el procés de convergència cap a un model de serveis socials que integre la lògica del dret subjectiu i forme part del model general de serveis essencials per a la comunitat, tinguen un caràcter preventiu i es desenvolupen des de la proximitat, eliminant el seu caràcter residual i convertint-los en universals.

Precissament l'Acord del Botànic¹¹ recull aquests elements essencials quan assenjala que la ciutadania valenciana, les persones aturades, les desnonades, les precàries, les dependents, les emprenedores, les qui no arriben a final de mes, qui han hagut de marxar, les empresàries, les persones majors i les joves volen fer un canvi de rumb, basats en: 1) Rescat ciutadà: Tota persona ha de tindre cobertes les necessitats vitals bàsiques. Tots els valencians i valencianes tenen dret a viure en condicions que garantisquen la seua dignitat com a ésser humà; 2) Regeneració democràtica i lluita contra la corrupció; 3) Governar per a les persones: Restabliment i ampliació dels serveis públics per al compliment efectiu dels drets socials, posant-los sempre sota la lògica del benestar col·lectiu i mai del lucre privat; 4) Nou model productiu i 5) Finançament just i auditoria ciutadana. Això s'ha enfatissat amb la renovació de l'acord, en fixar el seu fonament en l'Agenda 2030 per al Desenvolupament Sostenible de Nacions Unides com a pla d'acció en favor de les persones, el planeta, la pau, la prosperitat i les aliances¹².

La Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives està abordant la transformació del model social valencià més important dels darrers vint anys, apostant per la igualtat i inclusió social com a horitzó, el dret i la dignitat de les persones com a qüestió essencial, l'enfortiment de l'espai local com a nucli d'inclusió, la inversió social com a paradigma i la innovació i gestió del coneixement com a referència.

Aquest procés és possible abordar-ho, perquè existeix una consciència clara de millorar la vida quotidiana de les persones, apostant per les trajectòries vitals de cadascú i cadascuna, la igualtat de gènere,

9. Serveis Socials d'interés general a la Unió Europea. COM (2006).

10. Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre el tema «Inclusió social». (2010/C 128/03).

11. L'acord del Botànic és el nom que va rebre el pacte programàtic del govern de la novena legislatura de la Comunitat Valenciana, signat pel PSPV-PSOE, Compromís i Podem l'11 de juny de 2015.

12. Està integrada per 17 objectius i 169 metes i aborda i incorpora de manera equilibrada les tres dimensions del desenvolupament sostenible: econòmica, social i mediambiental.

així com per la cohesió i la inclusió social del poble valencià. Les polítiques socials en general com són la Sanitat, l'Educació, i, en el cas que ens ocupa els Serveis Socials, afecten a la quotidianitat de les persones i de les comunitats, ja que treballen per l'autonomia personal, la inclusió social, la protecció dels vulnerables, l'atenció a les necessitats bàsiques, i sens dubte, totes les persones al llarg del nostre cicle vital els anem a necessitar, la clau és si tindrem polítiques fortes i valentes que generen una societat cohesionada, on ningú es quede endarrerit.

1. La igualtat i la inclusió social com a horitzó

La societat industrial va impulsar el tractament de la qüestió social a través de les polítiques socials com la salut, l'escolarització i els subsidis. En la societat postmoderna, la vulnerabilitat i el risc d'exclusió s'extenen a sectors més amplis de la societat, fent perdre espai a aquella classe o capa social mitjana i extensa de la societat industrial sobre la qual es recolzava l'estabilitat i la legitimitat de l'Estat de Benestar. La globalització econòmica, el canvi tecnològic, l'evolució de l'Estat de Benestar, la fractura del mercat de treball, de les estructures familiars i les xarxes socials, les migracions, les noves pautes culturals, les transformacions sociodemogràfiques..., tracen una nova societat per a la qual les polítiques socials no estan preparades (Rodríguez-Berrio, 2006).

La vida de les persones segueix estant estructurada, i per tant condicionada, per les estructures socials, mentre que al mateix temps les persones busquen, de forma individual, solucions als nous problemes i condicionaments produïts per la societat del risc, deixant de costat solucions de classe o de grup. Beck (1998) argumenta en aquest sentit que les persones senten els riscos a nivell individual, on les passen enrere, la reversibilitat de les situacions vitals o les crisi producte del risc, són enfocades com una deficiència personal i individual, més que com a resultat de qüestions estructurals que no estan sota el seu control i que pertanyen al conjunt de la societat.

En l'actualitat les polítiques socials estan mostrant les seues debilitats, enteses com a dèficits de desenvolupament i com a dèficits de flexibilitat davant les situacions canviants i diverses. Subirats (2007) denomina a aquesta situació dèficit d'inclusivitat, que fa referència a cinc aspectes: 1) insuficiència del treball com a base única per a l'accés a prestacions (la precarietat i la desocupació suposen una feble vinculació al component contributiu per a l'accés a prestacions socials); 2) fracàs en la implementació d'algunes polítiques (polítiques universals com l'educació estan llastrades per l'alt fracàs escolar); 3) presència feble de l'estat en mercats amb dinàmiques segregadores (p. ex. al mercat de l'habitatge), la

qual cosa ha provocat l'exclusió en l'accés a amplis col·lectius socials); 4) insuficient cobertura de les noves necessitats socials (especialment en les situacions de dependència); 5) caràcter restrictiu i focalitzat dels Serveis Socials (sistema que, malgrat el seu gran desenvolupament en els últims vint-i-cinc anys, segueix il·lustrant una baixa cobertura, una excessiva burocratització, una debilitat financera, una deficient articulació entre institucions i l'absència d'un marc de drets subjectius per al conjunt de la ciutadania).

Es produeix, a més, una dinàmica social perversa d'individualització dels riscos (Beck, 1998), l'exponent màxim dels quals és que la societat emparada en el discurs de la igualtat d'oportunitats atribueix solament als individus les responsabilitats de l'èxit o del fracàs. I en aquest context l'individu és obligat a buscar solucions biogràfiques a contradiccions sistèmiques (Beck, 2002). La societat, en comptes de fer-se flexible per a l'accés a la igualtat d'oportunitats, s'ha fet fràgil, és a dir, precària i vulnerable, sent en essència més fàcil descendir que ascendir en les oportunitats socials (Bauman, 2003:39). Bourdieu (1999), en la Misèria del Món, mostra aquest estat permanent de precarietat, inseguretat de nivell social, incertesa del futur i sentiment de no controlar el present, que es combina amb una incapacitat de construir projeccions futures i actuar coherentment.

El trànsit d'integració, inserció o inclusió (de gaudir dels drets de ciutadania en totes les seues dimensions) a la vulnerabilitat i, finalment, a l'exclusió, és un trajecte de combinació dels diferents àmbits (econòmic, laboral, formatiu, social, sanitari, residencial, relacional de ciutadania i participació), amb diferents factors i diferents biografies individuals i trajectòries socials, per la qual cosa cal fugir d'explicacions lineals. Són processos on es dona una interacció permanent entre les característiques subjectives de la persona (aptituds, actituds, hàbits, motivacions, sentiments,...), i la seua situació social (familiar, laboral, formativa, residència, sociosanitària, econòmica) i, com no, la dimensió comunitària, és a dir, la situació política, econòmica i social de la seua comunitat (municipi, comarca, comunitat autònoma, país, etc.). En aquest sentit és *«necessari interessar-se pels itineraris individuals i familiars doncs ells permeten articular en aquest procés els aspectes micro (escala familiar) amb els macro (desigualtat, mercat de treball, context geogràfic, etc.)»* (Estivill, 2008:23).

Els professors Ariño i Romero (2016) al seu llibre *La secesión de los ricos* retraten un fenomen emergent de gran transcendència històrica, *«el procés de separació financer, econòmic, polític, cultural, moral i residencial de les elits en relació amb la societat en la qual es troben nacionalitzades i tributen»*. Una sort d'independència per la qual les elits donen per trencades, segons els autors, *«les transaccions en les quals es van fundar les*

societats de benestar després de la Segona Guerra Mundial», que aspiren a substituir per «una defensa de la filantropia global»¹³

Apunten «solucions, des d'accions fiscals globals a canvis de governança en l'àmbit metropolità. I creuen que el vell continent té molt a dir: «encara que en el context actual hi ha els qui perceben a Europa com el problema, més Europa, millor Europa i en certs aspectes una altra Europa contribuiran a trobar eixides». «A Europa està la solució per negociar regles globals, per impulsar una política en la qual tots els actors globals funcionen amb les mateixes regles, per facilitar la instauració de control polític a processos que funcionen al marge d'aquest, per reforçar aquells elements que produeixen un nou equilibri entre la justícia del mercat i la justícia de l'Estat.

A escala local, els autors assenyalen la necessitat de repensar la ciutat i d'impulsar en l'escala local mecanismes democràtics d'inclusió social. Són línies de treball que apunten abans de reconèixer amb honestedat que «ara mateix no hi ha una alternativa coherent i consistent que es pugua contraposar a l'hegemònic relat neoliberal».

Admeten que algunes de les mesures exposades per corregir la secció de les elits i la divergència en la distribució de la riquesa semblen hui difícils d'aplicar. Però recorden que les teories neoliberals semblaven utòpiques en els anys seixanta del segle passat, fins i tot pels qui les propagaven, i poques dècades més tard van passar a ser l'ortodòxia.

Sosté Subirats (2010) que parlar d'inclusió social és parlar de ciutadania. La inclusió social i la ciutadania operen amb lògiques diferents però estretament vinculades, i una és condició i possibilitat de l'altra. En els seus encreuaments, limitacions i dinàmiques es produeix l'exclusió social i mitjançant la intervenció transformadora pot teixir-se la inclusió social. Així mateix, després d'analitzar diferents experiències d'intervenció social amb col·lectius, conclou que els tres elements fonamentals que constitueixen la clau de la intervenció són: acollir, acompanyar i construir autonomia des del territori.

Com assenyalen Azagra i Garcia-Roca (2015), una societat inclusiva és aquella que reconeix que totes les persones tenen el mateix valor, només per la condició d'ésser humà. La inclusió suposa que totes les persones participen de forma equitativa en diferents àmbits: educatiu, econòmic, legal, polític, cultural, etc.

13. Entre els abundants exemples que Ariño i Romero posen per encarnar el fenomen destaca el de Peter Thiel, cofundador de la plataforma de pagament per Internet PayPal i finançador de la campanya de Donald Trump a la presidència d'EUA, que somia amb alçar «una ciutat flotant que pugua situar-se en aigües internacionals, en territori sense llei, que gaudisca d'autonomia política i en la qual es puguen obviar noves formes de governança, eludint òbviament els impostos dels actuals Estats».

Això suposa assumir el valor de la diferència, el respecte a la diversitat, el reconeixement de la vulnerabilitat, de la injustícia social, i treballar per a que la inclusió siga real és responsabilitat de totes i tots i especialment dels poders públics que han de remoure tots els obstacles que ho impedeixen. Una societat inclusiva disposa de mecanismes per a assegurar la garantia dels drets humans, la dignitat i la ciutadania activa de totes les persones.

Així mateix, una societat inclusiva és aquella que fomenta el diàleg, com a element clau per fer les reformes que precisa l'actual sistema de protecció social. Reformes que impliquen a tots i a totes i, per tant demanden consensos difícils en una societat fragmentada i cada vegada més dualitzada. De fet, la irrupció de nous partits per Ariño i Romero suposa una millora de la qualitat de la democràcia, no tant perquè obliga a pactes, sinó perquè implica la necessitat de dialogar.

Per això, hui més que mai necessitem polítiques socials on la igualtat i la inclusió social siguen reptes globals, però que es puguen construir en els microespais de les persones i les seues famílies i comunitats, en els seus municipis, dins de la seua cosmovisió, i amb capacitat de trascendir per a la construcció d'un nou model social.

2. La materialització en drets socials: El codi social valencià

En el camp del dret es defineix com a codi al grup de regles legals sistemàtiques que serveixen per a regular, de manera unitària, a un determinat assumpte. Aquesta definició permet que es conega com a codi a la recopilació sistemàtica de diverses lleis i al conjunt de normes vinculades a una certa matèria.

El repte d'establir un Codi, és, sens dubte, de gran significat, ja que suposa dotar a la ciutadania valenciana d'un conjunt de normes coherents entre si que ens facen avançar en igualtat i inclusió social, generant un nou marc social, i possibilitant que el poble valencià dispose de serveis i prestacions de primer ordre.

En aquest sentit, val a dir que s'està treballant en el Codi Social Valencià el qual desenvoluparà les següents Lleis: a) La Carta Valenciana dels Drets

Socials¹⁴; l'actual data de l'any 2012, va ser molt criticada pels professionals i moviments socials¹⁵: b) Llei de Serveis Socials Inclusius, que dotarà d'un marc per a desenvolupar els serveis socials valencians i garantirà els drets socials de les persones; c) Llei de Renda Valenciana d'Inclusió que avança en la garantia de rendes, en el doble dret; és a dir, el dret a la prestació i dret a la inclusió social, d) Llei d'infància i adolescència, que configurarà un nou marc de drets i de protecció de la infància dels més avançats, on la infància tindrà la paraula; e) Llei de Joventut, en la qual s'aposta per la participació i la inclusió dels i les joves i es crea la Xarxa Jove com a instrument per a impulsar les polítiques locals i el treball de les entitats juvenils; f) Llei integral del reconeixement del dret a la identitat i a l'expressió de gènere, que garanteix el dret al reconeixement de la identitat de gènere lliurement expressada, regulant mesures educatives i sanitàries que milloraran la vida de les persones i g) Llei integral per a la igualtat efectiva de persones LGTBI i contra la discriminació per raó d'orientació sexual o identitat de gènere que fixarà les polítiques públiques per a erradicar qualsevol forma de discriminació cap al col·lectiu de les persones LGTBI.

Així mateix, també formaran part d'aquest cos legal els decrets següents, els quals ja estan desenvolupant qüestions específiques del nou model: a) Decret 62/2017 pel qual s'estableix el procediment per a reconèixer el grau de dependència a les persones i l'accés al sistema públic de serveis i prestacions econòmiques, garantint l'accessibilitat al mateix, protegint el seguiment i procurant una major celeritat en el procediment, tot i establint un règim de compatibilitats entre els distints serveis i prestacions, facilitant el desenvolupament personal i el màxim nivell d'autonomia personal; b) Decret de concert social amb centres i serveis gestionats per entitats del tercer sector que substituirà a l'actual model de subvenció, la qual cosa permetrà acabar amb la discrecionalitat de les ajudes, garantint

14. Va ser aprovada el 15 d'octubre de l'any 2012. Al preàmbul de la mateixa es fa una al·lusió discreta als precedents legislatius de reconeixement dels drets socials, esdevenint el més important, l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana que, després de la seua reforma a l'any 2006 va incloure un nou títol II sobre els drets dels valencians i de les valencianes orientat a enlairar la garantia dels drets subjectius per tal d'aconseguir la «universalitat de protecció de la ciutadania», concretament amb l'article 10.2 que determina que, mitjançant una Llei de les Corts, s'elaborarà una Carta de Drets Socials de la Comunitat Valenciana «què contindrà el conjunt de principis, drets i directrius que informen l'actuació pública de la Generalitat en l'àmbit de la política social».

15. Per «la falta de garanties jurídiques dels drets que articula, sorprenent el seu tímid contingut que no especifica amb claredat un catàleg de drets socials a protegir sinó que efectua una redacció per blocs de matèries (igualtat entre homes i dones, família, persones amb discapacitat, persones migrants) limitant-se, en molts casos, a anomenar de passada alguns dels drets socials més tradicionals com ara els relatius a les persones treballadores, el medi ambient o a l'habitatge». (Sancho, 2017).

la qualitat de l'atenció a les persones i millorar la seguretat financera de les entitats i les condicions laborals dels i de les professionals que treballen en elles; c) Decret de famílies monoparentals, que amplia el concepte i les opcions d'accés a aquest reconeixement: a les dones maltractades i a les famílies amb un progenitor amb un alt grau de discapacitat o en situació de privació de llibretat i d) Decret de Registre, autorització i acreditació, que ordenarà els centres, serveis i programes del conjunt de la xarxa d'igualtat i serveis socials inclusius.

Així mateix, s'estan aprovant altres documents de referència, com ara el Pla Valencià d'Inclusió i Cohesió Social o el Pla Valencià d'Envel·liment Actiu, i treballant-se diferents estratègies, com ara l'estratègia valenciana per a la igualtat i la inclusió del Poble Gitano, o la d'igualtat de Tracte, la no Discriminació i la Prevenció dels Delictes d'odi, el nou model residencial d'infància, etc.

3. L'enfortiment de l'espai local com a essencial

A finals de la dècada dels huitanta, Castells (1995) ens explicà com la globalització del món implicava, de forma paradoxal un enfortiment de l'espai local com a única resposta viable de la ciutadania davant la pèrdua de control de les seues pròpies vides: allò local front allò global. A l'espai global ens trobem els grans capitals, els fluxos comercials, l'èlit financera, etc. Junts, o front, o al costat d'aquest espai es troba l'espai de la vida quotidiana de la gran majoria de les persones. Espai cada vegada més local, més territorial, més apegat a la identitat pròpia, com a veïns, membres d'una cultura, etc.

L'espai local és on es desenvolupa la vida quotidiana i on s'expressen els binomis socials de (la inclusió-l'exclusió, la desprotecció-seguretat, l'autonomia-dependència, l'aïllament social-la comunitat, on es produeix la cobertura de les necessitats bàsiques -menjar, subministraments, habitatge; on es dona la insuficiència i la pobresa -alimentària, energètica, etc-. I, sens dubte, és en el mateix on es desenvolupen les polítiques socials de proximitat que afavoreixen la convivència i la inclusió sobre la base d'un territori. Els ajuntaments i les mancomunitats (i en el futur les comarques) tenen un gran protagonisme en el desenvolupament de polítiques locals de protecció i promoció dels drets des d'una perspectiva integral i intersectorial.

L'entrada en vigor del Tractat de Lisboa¹⁶ ha suposat un nou marc per a la vida dels ens locals europeus, ja que no sols es reconeix l'autonomia local sinó que s'intensifica la presència del principi de subsidiarietat, i s'amplien els poders del Comitè de les Regions i s'introdueix en el patrimoni comunitari el principi de cohesió territorial¹⁷.

Mirant les coses des del costat més macro, analitzant l'actual moment històric i el nostre context social, sostenim la tesi, que la forma més eficaç i eficient d'augmentar la inclusió social, l'autonomia personal i la protecció a les persones en situació de vulnerabilitat és des de la participació i mitjançant l'assumpció del protagonisme de les entitats locals en les polítiques de serveis socials des d'una planificació i avaluació autònoma, promovent un territori estructurat i cohesionat, implementant polítiques socials de proximitat que afavorisquen la convivència i la integració, atés que ambdues són imprescindibles per a la convivència i la seguretat d'un col·lectiu humà, d'una comarca, poble, barri o ciutat.

Les polítiques locals, en matèria d'igualtat i inclusió social, tenen com a missió garantir el compliment dels drets de les persones, i les seues famílies; optimitzar aquelles actuacions que es dirigeixen a millorar la seua qualitat de vida, la promoció d'un desenvolupament social i, la participació i integració progressiva en la societat de les persones com a ciutadania de ple dret.

L'àmbit local constitueix un marc extraordinari per a aprofitar les sinergies, ja que al territori conflueixen les persones i els grups; les administracions

16. ¹⁴En aquest nou marc, el 22, 23 i 24 de febrer de 2010, amb ocasió de la Cimera Europea de Governos Locals (Governos Locals en Xarxa per a una nova Europa) es va aprovar la denominada Agenda de Barcelona 2010 amb la pretensió de «*ser un instrument que contribueix a avançar cap a una Agenda Local Europea*». En aportacions precedents, tals com la Declaració de Bristol, de desembre de 2005 i la Carta de Leipzig sobre Ciutats Europees Sostenibles de maig de 2007, es convida especialment a les associacions nacionals de municipis i de governs locals dels Estats membres de la Unió Europea, a les grans xarxes i organitzacions de poders locals i de ciutats (CMRE, Eurociutats,...), així com al Comitè de les Regions, a la discussió dels continguts de l'Agenda de Barcelona i a l'eventual assumpció de la mateixa com a plataforma i full de ruta de les seues respectives organitzacions. De la mateixa manera, és voluntat de l'Agenda de Barcelona que siga presa en consideració, tant per les institucions de la Unió Europea com pels seus Estats membres.

17. Resulta interessant ressaltar com les recomanacions i propostes desenvolupen el paper dels ens locals europeus en matèria de cohesió econòmica (generació d'entorns competitiu i creatiu, estratègies econòmiques proactives, concepte de desenvolupament endògen, creació de clusters, projecció exterior, potenciació dels serveis locals d'ocupació i promoció econòmica, economia del coneixement,...), cohesió social (planificació estratègica basada en valors democràtics, recuperació i regeneració d'espais públics, polítiques orientades a la diversitat, foment de la convivència, cultura del treball en xarxa, participació ciutadana, projectes intergeneracionals i especial atenció a les persones majors. En definitiva, ciutats inclusives), cohesió territorial (nous serveis de valor afegit, millora de les infraestructures de transport i comunicació, criteris multimodals i sostenibilitat mediambiental) i sobre la governança (reforç dels governs locals d'acord amb els principis establerts en la Carta Europea d'Autonomia Local) (Martin Cubas, 2010).

públiques amb les seues diferents polítiques, serveis i programes; les institucions socials privades (sense i amb ànim de lucre); les empreses; els espais d'oci, etc. L'espai local incorpora la dimensió comunitària¹⁸ com a perspectiva d'anàlisi i d'intervenció, així com la participació i la governança. De fet la Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives ha reforçat els serveis municipals del sistema d'atenció a la dependència amb un important increment pressupostari per a crear una xarxa professional que permeta als ajuntaments assumir la valoració i la tramitació dels expedients. Des del principi s'ha apostat per dotar de major protagonisme (i mitjans) a l'àmbit local en la gestió del sistema de promoció de l'autonomia personal. La municipalització del sistema de valoració de la dependència busca afavorir la proximitat a les persones (que són valorades en el seu entorn habitual) i l'eficàcia de l'administració (amb més equips de valoració). D'aquesta manera, els 145 serveis municipals d'atenció a la dependència s'integren a partir d'enguany en els serveis socials generals, que compten amb un total de 249 seus, s'ha passat de 18 valoradors que hi havia per a tota la Comunitat a 450 professionals capacitats per a la valoració. El pressupost destinat als serveis socials municipals (no solament per a dependència) s'ha més que duplicat, passant de menys de 25 milions d'euros amb el govern del PP a més de 52 milions d'euros en el pressupost d'enguany. Compartint aquesta política, la Diputació de València, en el marc de la planificació conjunta, ha augmentat el finançament dels municipis de menys de 10.000 habitants en serveis socials, passant de 4.7 a 9.4 milions d'euros.

4. La inversió social com a paradigma

L'expressió despesa social suggereix que tot recurs públic que es destina a una finalitat social, ho és a fons perdut, que no hi ha rendibilitat de caràcter econòmic o productiu sinò solidaritat o la necessitat de cohesió social. Altra qüestió o lectura és quan parlem de construir carreteres, infraestructures etc, en eixe cas utilitzem el concepte d'inversió econòmica. Sens dubte, hem de pegar-li la volta a la concepció. Ja fa temps que en la nostra societat que hem de fer el canvi i revisar paradigmes tradicionals:

18. Hiernaux (1989) assenyalava que el desenvolupament social pot designar dues coses, en principi, diferents: a) la dinamització social en el sentit d'activar les relacions i interaccions socials (a nivell individual, interindividual, intragrupal i/o intergrupals...), i, b) la promoció social, entesa com a millora o producció de benestar d'entitats definides (col·lectivitats globals, grups, individus...). El vincle entre les dues polaritats només esdevé quan la dinamització social és concebuda i portada a terme com a condició de la promoció social. D'aquesta manera, la intervenció social ha d'entendre's com un instrument de potenciació personal i social de les poblacions destinàries, ja que els processos de desenvolupament social només poden iniciar-se, motivar-se i arribar a realitzar-se si es considera a la dinamització personal i social com una condició fonamental.

invertir en serveis socials, és generar riquesa, llocs de treball i aportar a l'economia d'un país. A més de crear una societat més segura, més cohesionada i més feliç, això és inversió social.

Els serveis socials constitueixen actualment una gran oportunitat inversora. La implantació de les polítiques d'autonomia personal i inclusió social ofereixen una gran oportunitat per a la construcció d'una societat més justa i cohesionada.

En aquest sentit, ens trobem davant noves realitats que fan que el Sistema Públic de Serveis Socials ja no puga continuar essent un sistema residual per a població estigmatitzada.

Entre d'altres canvis socials, podem parlar-ne dels següents: a) Les noves formes de producció han fet desaparèixer els antics models de vida familiar, traslladant a la responsabilitat pública responsabilitats i tasques de cura que abans estaven dins de la família: serveis per a l'atenció a la infància, persones majors i en situació de dependència, etc.; b) Partim d'un món centrat en el treball i en la seua capacitat d'inclusió social i laboral, ja no estem al segle passat, ni el treball és la centralitat ni tindre treball assegura no estar en la pobresa i c) L'envelliment de la població espanyola és un fet, la qual cosa fa que tinguem que adaptar els serveis per a rebre una població que ja no és la població major anterior ni tan sols l'actual.

Algunes evidències d'inversió en serveis socials que contribueixen a la generació d'un nou model econòmic són les que citem a continuació:

A) L'envelliment actiu

Els efectes que des dels anys 80 tenen sobre el sector turístic els viatges de la tercera edat, els balnearis, les estades vacacionals, etc., provoca la desestacionalització del sector turístic i que el fenomen siga un referent el conjunt de l'any. Per exemple: Benidorm no resistiria l'hivern sense els serveis socials (llocs de treball, places hoteleres, etc). Una aliança clara entre turisme i serveis socials. Cal destacar que al voltant de 6.000 places de les 40.000 que aglutina la planta hotelera de Benidorm es reserven al programa de vacances del IMSERSO durant els mesos d'hivern. La incidència del sistema en el conjunt d'allotjaments de Benidorm ronda, per tant, un 15%. Tot açò ens porta a concloure que existeix una aliança clara entre turisme i serveis socials.

No és absolutament retòric dir que promoure l'activitat i la convivència de les persones majors, contribueix a reduir el seu consum de serveis i productes sanitaris, amb el consegüent estalvi per al sistema. Serveis que promouen la cura de les persones grans, la prevenció del deteriorament de les seues capacitats, la higiene, la correcta alimentació, etc., contribueixen a millorar la seua salut i a reduir la despesa sanitària. Invertir en serveis socials és reduir la despesa sanitària.

B) El desenvolupament de les prestacions i serveis del catàleg de la Llei de Dependència

La memòria econòmica d'èsta Llei d'Autonomia personal i persones en situació de dependència considerava que suposaria un punt del PIB una vegada es trobara plenament desenvolupada, i un creixement en llocs de treball en uns 300.000.

A la Comunitat Valenciana el desplegament de la Llei, i fonamentalment les mesures aplicades en aquests darrers dos anys, ha permés incorporar al sistema més de 30.000 persones dependents i reduir la llista d'espera en 16.781 persones. Assenyalar que l'increment del nombre de persones beneficiàries ateses amb una prestació econòmica ha estat possible gràcies a l'esforç pressupostari realitzat per aquest Consell que va augmentar el pressupost inicial destinat a les prestacions econòmiques de dependència de 2017, respecte a 2015, en un 61% (91.088.520 € més), passant de 149.500.000 € en 2015 a 240.588.520 € en 2017. A això, se suma la generació de crèdit de 27 milions d'euros que es va produir al juliol de 2016, la qual cosa situa l'augment del pressupost final destinat a dependència en 118.166.474 €, per al conjunt del període. L'import del Certificat anual remès a l'IMSERSO, justificatiu de l'activitat realitzada i l'aportació econòmica destinada al finançament del cost del conjunt del sistema de dependència a la Comunitat Valenciana, era l'any 2012 de 465.930.070 €, mentre que l'any 2016 va aconseguir els 619.902.030 €, dels quals només 80.164.971,56€ són aportacions de l'Estat (12,9%) quan havia de ser el 50%.

L'Associació de Directores i Gerents de Serveis Socials d'Espanya en el marc de l'Observatori Estatal per a la Dependència ha assenyalat que dues CC.AA destaquen per seu increment de la despesa de 2016 front a la del 2015, amb percentatges superiors al 10%: la Comunitat Valenciana (14,6%) i Canàries (11,1%), i tres Comunitats redueixen la despesa Comunitat de Madrid (-1,2%), Catalunya (-12,6%) i La Rioja (-16,4%).

La Federació Empresarial de la Dependència (2010), analitzant la informació sobre finançament i ocupació vinculada als serveis residencials i les prestacions vinculades als serveis, estableix que es crearien entre 26 i 42 ocupacions directes per cada milió d'euros invertit. En la seua anàlisi per a la Comunitat de València, estimen la creació més de 3.000 ocupacions en 2010 en aquest tipus de serveis, 2.200 dels quals són directes. Per tant, si incorporem les xifres actuals d'inversió estem amb una forqueta de entre 16.120 i 26.040 llocs de treball generats.

C) La implantació de la Renda Valenciana d'Inclusió

La tesi principal contempla que les quantitats invertides en renda retornaran al mercat local en termes de consum, ja que les persones beneficiàries de la mateixa es troben en situació de necessitat i per tant qualsevol ingrés econòmic és destinat a la cobertura de les necessitats bàsiques, les quals es fan amb productes locals i subministraments energètics.

En aquest sentit posem com a exemple l'estudi fet per la Comunitat Foral de Navarra, on s'invertiren 63.88 milions d'euros a la Renda d'Inclusió l'any 2015 i tingué un reflex a l'economia de Navarra de 64 milions, o el que és el mateix, de cada euro invertit retornaren 1,002 euros en termes de VAB (divisió d'efecte total sobre el valor afegit brut, respecte el gasto realitzat). L'impacte total suposà un 0,37 % d'increment a l'economia Navarra. Així mateix es generaren 801 llocs d'ocupació, a banda dels destinats a la gestió, i un retorn impositiu, mitjançant l'IVA dels productes consumits i del IRPF dels llocs creats, de 10,69 milions d'euros.

Utilitzant la mateixa metodologia a la Comunitat Valenciana, suposem un escenari d'inversió en prestacions a l'any 2020, de almenys, 247.674.720 milions d'euros¹⁹. Partint del fet que tota la prestació econòmica es destina a despeses i per tant es produïx una afectació positiva en els impostos: IVA, Impostos especials de fabricació, Impostos sobre les primes d'assegurança, Impost sobre l'electricitat i Impost especial sobre determinats mitjans de transport –IEDMT– i de que es preveu generar 3.026 llocs de treball, a banda dels de la gestió, el retorn impositiu del 17,2% en forma d'ingressos de les administracions per impostos directes, indirectes i cotitzacions a la seguretat social. Cada euro invertit en aquesta prestació es tradueix en un euro en poder dels ciutadans de la Comunitat.

En definitiva, a més de l'increment intangible que suposa el benefici en la qualitat de vida de les persones beneficiàries, la millora de la seua salut i la reducció de la pobresa, es produeixen uns guanys importants per a l'economia valenciana i les seues administracions públiques.

5. L'aposta per la presa de decisions basada en evidències: planificació, formació, investigació i gestió del coneixement

Les polítiques de serveis socials s'han de dissenyar des de l'evidència científica per a garantir l'eficàcia i l'eficiència. En el passat de la Comunitat Valenciana, les decisions en serveis socials s'han pres sense cap tipus d'evidència científica, habitualment des de l'ocurrència i des de la perspectiva del negoci, quan no de la corrupció. Els serveis socials valencians es troben molt endarrerits, per la manca de planificació i actualització. Les decisions envers els serveis socials, com ara l'establiment de centres de dia o residències en un lloc o un altre, han sigut decisions polítiques arbitràries des dels ajuntaments, les diputacions o la pròpia Generalitat,

¹⁹. Supòsit amb una taxa de cobertura del 50%. Si aquesta taxa s'ampliara, la inversió seria major. La projecció és que aquesta es pugui ampliar però a partir del 2020, quan la prestació ja siga coneguda i es trobe assentada al Sistema Públic de Serveis Socials.

ja que des de l'any 1991 no es realitza una mapificació dels serveis socials valencians, no es coneixen les necessitats ni els nivells de cobertura, etc. Ara mateix s'està treballant en el Mapa dels Serveis Socials Valencians, el qual contindrà l'estructura establerta per a l'ordenació territorial dels serveis socials a la Comunitat, els indicadors de referència, les dades bàsiques de cobertura dels diferents serveis i prestacions, així com la projecció futura de desplegament del sistema.

Així mateix, s'està treballant en la generació d'una xarxa potent per a la investigació i la innovació socials. L'objecte de la Xarxa Innova serà, per un costat, la investigació, l'experimentació i l'avanç en el coneixement científic d'experiències socials innovadores, des dels i per als serveis socials, i, per altre, la formació i el desenvolupament de coneixement social des del rigor de les ciències socials i humanes i la sinergia amb experiències professionals qualificades.

La xarxa serà interinstitucional, de creació i transferència de coneixement, per al foment de la investigació i la formació en matèria d'igualtat i polítiques inclusives, i comptarà amb la participació de la Generalitat, les cinc universitats valencianes, ajuntaments, mancomunitats, Federació Valenciana de Municipis i Províncies i Diputacions de la Comunitat Valenciana.

Amb la creació de la xarxa es pretén aconseguir un coneixement objectiu, rigorós i puntual de la realitat dels serveis socials valencians, mitjançant la creació i l'intercanvi d'informació i bones pràctiques, així com de la planificació i la realització d'investigacions, estudis i informes en tots els temes vinculats amb els serveis socials. I tot això des de la col·laboració, la solidaritat interinstitucional i la socialització del coneixement.

El primer fruit d'esta Xarxa ha estat la constitució d'una iniciativa per aprofundir en el coneixement dels serveis socials a la comarca de la Ribera Alta, amb la signatura d'un protocol de col·laboració entre la Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, la Diputació Provincial de València, la Mancomunitat de la Ribera Alta, l'Ajuntament d'Alzira i la Universitat de València per a dissenyar el sistema bàsic d'indicadors multiterritorials de la Comunitat Valenciana, i així poder conèixer la capacitat d'acció dels serveis socials, els seus punts febles, les seues carències i potencialitats, etc.

II. Un instrument en transformació per a la implantació del nou model: el sistema públic valencià de serveis socials

El que hui coneixem com a serveis socials personals, sorgeixen com a evolució de les pràctiques i institucions de la beneficència local, existents fins a l'any 1982, i de l'assistència social de l'estat, transferida a les comunitats autònomes a partir d'eixa dècada. El passat dels serveis socials indica la complexitat del sistema, doncs per entendre'ls en tota la seva amplitud i diversitat s'hauria d'analitzar els tres estrats històrics més recents de l'acció social al nostre país: la Beneficència, l'Assistència Social i els Serveis Socials de la Seguretat Social (Aguilar, 2010).

En els darrers trenta anys els serveis socials s'han desenvolupat, tot adquirint identitat suficient per a ser reconeguts com un instrument fonamental del nostre Estat del Benestar. En l'actualitat és, de fet, un dels quatre pilars de l'Estat del Benestar Social, junt amb el sistema de pensions, sanitat i educació. Els Serveis Socials són de plena competència autonòmica, per tant no hi ha un marc estatal que els definisca, a diferència dels altres sistemes. Naixen amb una gran mancança, la inexistència d'una legislació estatal²⁰, cosa que els haguera donat una major definició, legitimitat i visibilitat, ja que la resta de sistemes del benestar espanyol tenen una legislació estatal bàsica que els fa més forts i considerats en l'agenda política i civil, i que els ajuda a ser identificats nítidament per la ciutadania com a expressió i concreció dels seus drets socials.

Són part nuclear de l'Estat del Benestar, de les polítiques públiques de protecció social, són l'expressió més pròxima que té la ciutadania per a garantir l'accés als seus drets socials. Són la part més representativa de les polítiques socials en l'àmbit local, encara que mai han gaudit d'un estatut propi en l'àmbit valencià.

20. L'Estat fa intents per legislar en la matèria. De fet, s'elabora un esborrany de llei que algunes comunitats autònomes rebutgen, i és retirat pel primer govern Socialista de Felipe González en 1982. Un element important van ser els conflictes positius de competència que va promoure la Xunta de Galícia. El Tribunal Constitucional en la seua sentència 148/86, de 25 de desembre, va considerar que no hi havia conflicte de competència donat que en l'àmbit de l'acció social existia concurrència o complementarietat d'interessos i competències.

La Llei 5/1989, de 6 de juliol, de Serveis Socials de la Comunitat Valenciana és la primera llei de serveis socials la Comunitat Valenciana, semblant a totes les de primera generació de la resta d'autonomies; unes lleis pròpies de l'espenta inicial de dotar de sentit i ordenació a un sistema que havia de configurar-se.

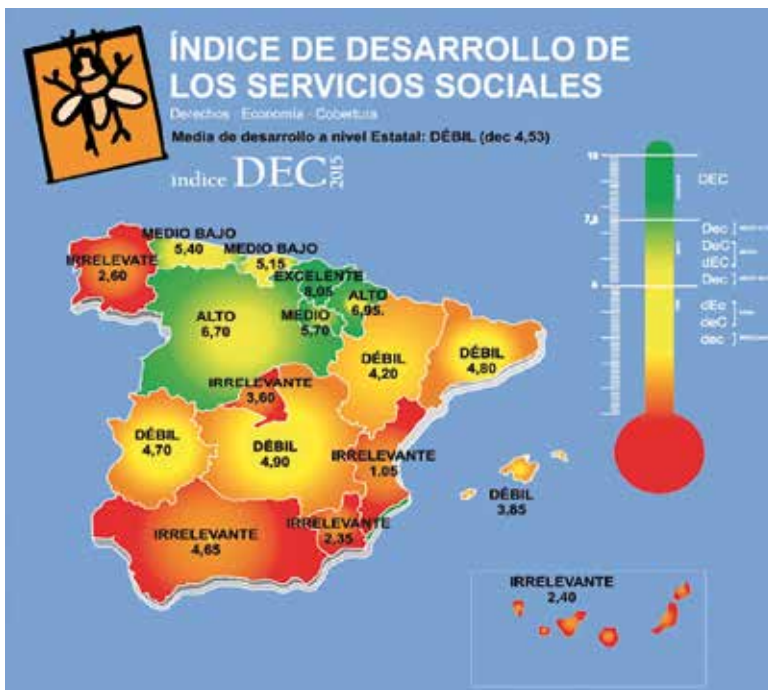
A l'any 1997 s'aprova la segona llei de serveis socials (Llei 5/97) a la Comunitat. Una llei que pertany al grup de les de segona generació, que pràcticament no ha sigut desenvolupada, i que com a màxim exponent diferencial va obrir la porta a la privatització dels serveis socials. En els anys següents el Consell enceta una etapa d'aprovació de normatives que, lluny d'armonitzar el sistema, el fragmenten i dilueixen, inclús contradueixen a la Llei 5/97. Es produeix aleshores un estancament del sistema per pèrdua d'importància per a l'agenda política imperant, procés de privatització de les prestacions i canvi a unes metodologies d'intervenció puntual davant el problema, més rígides i tancades en corporativismes professionalitzats per prestacions existents, on allò important no és l'individu i les seues capacitats, sinó la institució i les seues possibles respostes. El model de serveis socials estava ancorat en el passat, ja que el sistema, malgrat substancials modificacions, no havia acomés canvis conceptuals de profunditat: dret subjectiu, universalitat,...que són els que atorguen l'estatus real de ciutadania en el sistema, és a dir no s'havien resolt «alguns dels problemes importants que arrossegava el règim de la beneficència pública» (Uceda-Maza i Martínez-Martínez, 2015).

L'organització funcional tradicional de serveis socials generals i especialitzats es manté. Per contra en algunes comunitats autònomes adquireix un nou nivell. Un nivell intermedi entre ambdós: el nivell específic, al que se li assignen funcions d'alta especialització a desenvolupar a l'entorn de convivència de la persona usuària, per la qual cosa es conceptualitza com d'atenció primària «específica». La complexitat de les necessitats creix en la societat. Noves intervencions professionals que excedeixen per la seua especificitat als serveis socials generals han de ser ateses, sent assignades en alguns territoris per legislació a les corporacions locals, o a agrupacions d'elles, i per a les quals s'assigna un finançament variable segons comunitats autònomes i prestacions de les quals es tracte. Aquests serveis específics s'han desenvolupat a Aragó i Catalunya a partir de les Comarques o a Castella i Lleó de les diputacions. A la Comunitat Valenciana, s'obvia el problema, i la seua inacció va fer que fòren els ajuntaments els que hagueren d'actuar, o simplement la ciutadania no rebia aquests serveis. En aquest sentit, l'organització territorial dels serveis socials valencians és una assignatura pendent després de 20 anys.

L'irrellevant desenvolupament dels Serveis Socials Valencians ha fet que els pes dels mateixos caiga sobre les administracions locals, i açò comporta que els ajuntaments i mancomunitats en funció de la seua capacitat, compromís i sensibilitat, hagen hagut de desenvolupar i recolzar

nombrosos serveis i prestacions de forma dispar, instaurant-se una gran desigualtat entre veïns i veïnes de diferents municipis, assentant-se un model assistencial, sense prevenció ni intervenció professional, sense referències territorials ni directrius polítiques ni tècniques clares, i amb nombroses deficiències. L'obligació de planificació estratègica i avaluació era inexistent.

Mapa 1. Índex DEC. Desenvolupament dels Serveis Socials a l'Estat Espanyol



Font: Associació de directores i gerents de Serveis Socials

Com podem veure al mapa de desenvolupament de Serveis Socials d'Espanya, els de la Comunitat Valenciana són els menys desenvolupats de tot l'Estat: són classificats com a irrellevants. L'índex es realitza comparant els drets reconeguts a les persones, la cobertura de les necessitats i l'esforç econòmic de cada comunitat autònoma.

El model valencià en els darrers vint anys, ha sigut l'exemple evident d'inestabilitat, improvisació, manca de planificació i desinterés, fins i tot ha estat un espai on la corrupció ha estat molt present, malgrat haver sigut governada la Generalitat pel mateix partit des de l'any 1995, hi hagut nou Consellers/es (un promedi d'un cada dos anys) i d'ells quatre

condemnat o investigats/des²¹. Cadascú amb diferents gabinets tècnics i polítics, però que mai han tingut a la seua agenda una planificació estratègica del sistema. Com a fet significatiu de la precarietat del sistema a la Comunitat Valenciana, cal esmentar l'existència de variats informes especials²² del Síndic de Greuges que presenta la gravetat de la situació a la Generalitat, advertint-la en tots ells de l'incompliment dels seus deures com a administració responsable del sistema.

Així mateix, l'esforç econòmic ha estat inexistent. Mentre el País Basc invertia 796,13 euros per habitant en Serveis Socials, Navarra 420,12 o Aragó 268,93, la Comunitat Valenciana es trobava a la cua, amb 151,52 euros per persona. De forma continuada durant els darrers vint anys la inversió ha estat per davall de la resta de Comunitats Autònomes, la qual cosa ha fet que els nostres Serveis Socials estiguen escassament desenvolupats. Afortunadament portem els dos pressupostos darrers de creixement, i augmentant molt la inversió en Serveis Socials, arribant enguany (2017) a 216 euros per habitant.

Taula 1. Inversió en Serveis Socials per habitant i CC.AA (2010-2014)

Comunitat Autònoma	Inversió en SS.SS per habitant. Any 2010	Inversió en SS.SS per habitant. Any 2014
País Basc	683,81	796,13
Navarra	456,91	420,12
Castella-La Manxa	412,77	352,23
Cantabria	351,23	380,48
La Rioja	304,15	408,30
Extremadura	303,07	338,18
Asturies	272,54	335,39
Catalunya	267,37	299,02
Andalusia	260,35	271,43
Castella i Lleó	257,81	285,19
Aragó	246,33	268,93
Galícia	233,30	214,26

21. José Sanmartín (1995-1997); Marcela Miró (1997-1999); Carmen Mas (1999-2000); Rafael Blasco (2000-2003) «condemnat pel Cas Cooperació»; Alicia de Miguel (2003-2007) «imputada Cas Gürtel»; Juan Cotino (2007-2009) «relacionat Caso Gürtel, Emarsa i Brugal»; Angélica Such (2009-2011) «imputada Cas Gürtel»; Jorge Cabré (2011-2012) i Asunción Sánchez (2012- 2014).

22. Ressaltar entre ells els dos informes referits a la situació dels serveis socials generals (2013 i 2017), i altres dedicats a situacions concretes: precària atenció dels menors acollits en el sistema de protecció valencià (2012 i 2017), nul·la atenció dels malalts mentals (2003 i 2016), NO aplicació de la llei de dependència (2012), de la renda garantida de ciutadania (2014), i de l'atenció a la violència de gènere (2005), etc.

Comunitat Autònoma	Inversió en SS.SS per habitant. Any 2010	Inversió en SS.SS per habitant. Any 2014
Murcia	209,97	231,03
Madrid	197,81	219,95
Canaries	137,50	126,41
Comunitat Valenciana	119,61	151,52
Balears	97,35	76,42
Mitjana espanyola	256,30	275,13

Font: Associació estatal de directores i gerents de serveis socials, 2014

Un altre dels exemples de l'escàs desenvolupament dels serveis socials valencians i del retorn a un sistema benèfic i assistencial ha sigut la gran reinstitucionalització que s'ha produït als darrers anys fonamentalment a l'àmbit de la infància i de les persones majors. L'escàs desenvolupament de les estructures intermèdies i dels serveis de proximitat ha esdevingut en una deriva del sistema, destinant cada vegada més recursos econòmics a les accions institucionalitzades; de fet, a l'àmbit de la Reeducació es destina el 95% del pressupost al medi tancat i només el 5% al medi obert, és a dir a treballar amb els i les adolescents en conflicte amb la llei a les seues comunitats, localitat i famílies.

1. La nova Llei de Serveis Socials Inclusius de la Comunitat Valenciana

Com indica l'informe del Consell Econòmic i Social d'Espanya (2012) és a partir de l'aprovació de les lleis de tercera generació quan canvia la percepció i el posicionament respecte als serveis socials en algunes CC.AA, ja que les noves lleis recullen quatre modificacions substancials respecte a les anteriors lleis: a) El dret subjectiu i la seua aplicació legal als serveis socials; b) El reconeixement d'una cartera o catàleg que tipifica les prestacions bàsiques a les quals té dret la ciutadania; c) La consolidació d'un model de regulació i finançament públic, però de provisió mixta quant a serveis en el qual el tercer sector i el sector mercantil tenen un protagonisme creixent; i d) Una obertura cap a la participació ciutadana en la planificació del sistema.

El nou marc dels Serveis Socials valencians vol ubicar a la Comunitat entre les legislacions més avançades de l'Estat Espanyol, i per això el seu disseny obeeix als següents eixos:

- El reconeixement del dret universal d'accés als serveis socials com a dret subjectiu.

L'accés als serveis socials s'estén a la totalitat de la població, amb residència efectiva. Això implica acceptar que els serveis socials, com a part fonamental de l'Estat del Benestar, estan a disposició de la població general,

i no sols de determinats sectors de la mateixa, ja que qualsevol persona al llarg de la seua vida serà usuària dels serveis socials. També implica superar un sistema benèfic i assistencial i generar un marc de dret, on la persona té drets davant determinades situacions i el sistema té obligació d'actuar davant les mateixes.

– Amb un Catàleg i una Cartera de serveis.

On es definisca l'extensió i intensitat en tots els seus aspectes (ràtios i perfils professionals, perfil d'accés, prestacions que inclouen, coordinació amb altres nivells o sistemes, gratuïtat o copagament,...). I tant dels serveis socials d'atenció primària, com dels els específics i dels secundaris.

– Determinació per necessitats.

Fins ara el sistema s'ha ordenat per sectors, apareixent fragmentat, dispers i ineficaç. El nou marc ordena el sistema per a que treballa realment per la igualtat, l'autonomia personal i la inclusió social. Per a aconseguir una societat caracteritzada per la cohesió social, hem de pensar en un objecte definit des de les necessitats personals, familiars i grupals. Així, serà objecte del sistema: Promoure l'autonomia personal i previndre i atendre les necessitats personals i familiars derivades de la dependència; Previndre i atendre les necessitats originades per les situacions de desprotecció; Promoure la inclusió social de les persones, de les famílies i dels grups i atendre les necessitats personals i familiars originades per les situacions d'emergència.

– Amb diferents responsabilitats i nivells.

Estem davant d'un sistema desenvolupat de forma multinivell, on tenen competència la Generalitat, les diputacions i els ajuntaments. En aquests darrers ha mancat un marc de planificació, que establira el paper que han de desenvolupar cadascuna de les institucions. Cal, doncs, avançar en l'organització funcional en tres nivells: atenció primària, l'específica i secundària, definits des de la proximitat a la ciutadania.

El territori com a eix planificador del sistema. L'estructuració territorial del sistema haurà d'estar bassat en zones bàsiques, àrees de serveis socials i departaments. La zona bàsica presta els serveis socials d'atenció primària i les àrees es contempen per als serveis específics, sent la Comunitat Autònoma la responsable dels serveis socials per a l'atenció secundària estructurant-los en departaments. Cal prestar atenció especial als municipis rurals, així com una anàlisi prèvia i consensuada de la comarcalització d'aquestes àrees de serveis socials.

Es imprescindible dotar-nos d'una mapificació de base territorial, on s'ancoren els serveis i recursos específics, des de criteris de proximitat i necessitat, i amb participació de tots els actors implicats. Els ajuntaments han de ser actors claus del sistema.

– Participació de la ciutadania i d'usuaris i usuàries del sistema.

Al nou marc s'aposta per la participació com a eix del sistema, dissenyant-se els instruments necessaris per a garantir la participació de la

ciutadania en l'ordenació i estructuració del Sistema Públic Valencià de Serveis Socials, a través de consells, tant a nivell autonòmic com municipals, sota la base de la inclusió i els drets socials, superant els consells sectorials i afavorint que la ciutadania enfronte el sistema des de la globalitat.

- Participació de la iniciativa privada i social en la gestió dels serveis socials.

Pel que fa a la participació en la gestió del Sistema Públic Valencià de Serveis Socials de la iniciativa social, s'han d'abordar fórmules de gestió, seguint la tendència de les últimes iniciatives legislatives autonòmiques, que aposten per la configuració d'un nou marc jurídic de gestió, a través de la figura del concert amb les entitats d'iniciativa social.

Així mateix, s'avança en ordenar el sistema sota tres figures: registre, autorització i acreditació. La figura de l'acreditació serà l'acte pel qual l'administració pública incorpora al sistema públic serveis i recursos de la iniciativa privada, tot exigint-los uns estàndars de qualitat.

Qualitat, inspecció, millora contínua, formació de professionals, supervisió i control, (plans de qualitat en els dos eixos territorials: local i autonòmic), on hi haja estàndars definits entre l'administració local i la comunitat autònoma, i de compliment per a tots aquells que participen en la gestió del sistema. La qualitat, la inspecció i la supervisió professional han de ser de compliment obligatori i amb mitjans suficients.

- Avançem en noves fórmules de col·laboració amb els ajuntaments.

Una de les claus d'estabilització del sistema serà la signatura de convenis plurianuals amb les administracions locals, d'entre quatre i cinc anys, la qual cosa permetrà que les administracions locals puguin establir als professionals de serveis socials i dotar-se d'un marc de planificació adequat. És clau trencar amb la incertesa actual de finançament anual i amb la precarietat dels professionals, així com restablir un marc de confiança i col·laboració institucional.

Cal acompanyar aquests convenis amb un finançament local per als serveis socials bàsics i específics, i per als equips professionals. Cadascuna de les administracions hauran de fer el seu Pla Estratègic de Serveis Socials on es detallen les situacions i les actuacions per a ser avaluades.

- Un canvi metodològic imprescindible.

Potenciant les sinergies i aliances que es donen dins del sistema i amb la resta de sistemes. Cal legislar aquesta obligatorietat de coordinació i col·laboració de forma concreta dins del nostre sistema, i també modificant les legislacions de la resta de sistemes del benestar: sanitat, educació, habitatge i ocupació.

Un sistema basat en els serveis, com a impulsors de l'atenció social, el desenvolupament local i l'apoderament, enfront d'un sistema basat en

ajudes econòmiques individualitzades. La prevenció de les causes de l'exclusió social ha d'estar per damunt de la mera tasca assistencial.

Un desenvolupament metodològic basat en l'atenció centrada en la persona de forma integral, superant l'actual atenció centrada en els recursos existents. Cal instaurar el treball social comunitari com a bona pràctica a seguir pel conjunt de professionals del sistema, amb independència de la seua ubicació funcional.

2. Llei de Renda Valenciana d'Inclusió

La Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea de l'any 2000 proclama, que amb la finalitat de combatre l'exclusió social, és necessari reconèixer una ajuda social digna per a totes les persones necessitades. Aquest mandat a Espanya, ha estat desenvolupat per les autonomies, a través del denominat salari social, rendes mínimes o garantides. Tot com una prestació de caràcter econòmic periòdic, on s'incorpora a més l'obligació de participar en programes integrals que faciliten la inserció sociolaboral.

Al País Basc o Navarra s'ha concebut aquesta renda des del doble dret: un dret a la protecció econòmica i un altre a la inserció. La interrelació entre tots dos es planteja de tal forma que són dos drets per a les persones i dues obligacions ineludibles per a l'administració.

En la Comunitat Valenciana calgué esperar al 2007 per a la seua aprovació, sota la denominació de Renda Garantida de Ciutadania. És la renda mínima més restrictiva de tota Espanya, la que menys protegeix econòmicament i la que menys recolza socialment, tant pels seus requisits, com pel procediment. No inclou treballadores socials ni programes per recolzar els processos d'incorporació social.

De fet el 62% dels qui es troben sota el llindar de la pobresa al País Basc es beneficien de la seua Renda Mínima de Ciutadania, front al 3,3% a la Comunitat Valenciana. La quantia que percep un beneficiari de la Renda Garantida de Ciutadania a Astúries suposa un 17,9% de la renda mitjana per llar en eixa Comunitat, mentre que a la Comunitat Valenciana és del 6,7%. A hores d'ara es troba a les Corts Valencianes el projecte de Llei de Renda Valenciana d'Inclusió que planteja una renda real i efectiva, garantint uns mínims vitals i generant una xarxa per a la inclusió, sent la clau l'atenció integral de la ciutadania.

S'ha apostat pel disseny d'una Llei des del dret subjectiu, desterrant pràctiques caritatives i assistencials mitjançant el reconeixement del doble dret: la garantia d'ingressos mínims i la inclusió social. És una llei dirigida, tant a les persones en situació d'exclusió per carència d'ingressos econòmics, com a aquelles que perceben una prestació o ingressos del treball insuficients. És, per tant una llei oberta a les noves realitats socials sorgides com ara la dels treballadors i les treballadores pobres.

El projecte es basa en el principi d'igualtat i no discriminació. Es concep des de la necessitat de les persones i per això estableix requisits accessibles.

Així mateix, incideix en les situacions socials greus i especials com a prioritàries, com són les de les dones víctimes de violència masclista o els i les joves emancipats amb càrregues familiars o provinents dels subsistemes de protecció o reeducació, és a dir, joves ex tutelats per part de l'administració pública.

Està concebuda com una prestació bàsica del Sistema Públic de Serveis Socials, entesos aquests com a garants d'accessibilitat per a tota la ciutadania, i es doten als mateixos amb professionals i programes per a que acompanyen en el procés d'inclusió social a les persones que ho necessiten. La valoració, prescripció i intervenció es realitza als municipis, en la proximitat de l'entorn de les persones.

Es proposen dues Rendes Fonamentals:

La Renda d'Inclusió, amb dues modalitats: a) Inclusió social, que pretén garantir el dret a l'ingrés econòmic i a la inclusió social, mitjançant la subscripció d'acords voluntaris d'inclusió als programes personalitzats proposats pels serveis socials municipals de referència. La quantia per a un titular serà de 524,16 €, creixent aquesta fins als sis o més titulars, on serà de 744,95€ l b) La Garantia d'Ingressos Mínims, dirigida a les unitats de convivència en situació d'exclusió social i que voluntàriament decideixen no signar els acords voluntaris d'inclusió proposats pels serveis socials municipals. La quantia d'aquesta modalitat per a un titular serà de 266,26€, creixent fins als sis o més titulars, on serà de 372,76€. Pensem que seran poques les persones i famílies que opten per ella.

I les *Rendes complementàries*, que se subdivideixen en complementària per ingressos del treball i per ingressos de prestacions: a) Ingressos del treball. Es pretén garantir que en tota unitat de convivència on hi haja ingressos de treball s'arribe com a mínim al 80% del salari mínim interprofessional (SMI) per a una persona (524,16€) o al 115% del SMI para tres persones (753,48€). l b) Ingressos per prestacions. Aquesta modalitat és més complexa perquè és necessari que estiga d'acord a la normativa estatal que regula les prestacions que permeten que els i les titulars i la seua unitat de convivència disposen d'altres ingressos.

S'opta per una implantació progressiva, que permeta al sistema de serveis socials dotar-se dels instruments tècnics, informàtics i dels professionals que garantisquen la seua prestació. La Renda Valenciana d'Inclusió s'iniciarà en el 2018 amb la modalitat de Renda d'Inclusió Social; al 2019 s'implantarà la complementària de prestacions i al 2020 la complementària d'ingressos del treball.

És una proposta que valoritza a la persona i als professionals. A la persona, oferint-li la possibilitat de suport i desenvolupament personal i laboral; i als i les professionals, recuperant la funció d'acompanyament i

d'intervenció social que tan abandonades tenien, absorbits per la càrrega assistencial i burocràtica que ara suporten.

La llei tracta de protegir els drets de totes les persones respectant les seues diferències, és a dir, defensant la igualtat en la diversitat. Per tant, vol adaptar-se a la multiplicitat de situacions de compromís personal amb els processos de canvi que puguen donar-se i acompanyant els processos d'inclusió.

S'aposta per l'acció comunitària i per valoritzar les persones i respectar els seus processos mitjançant programes personalitzats d'inclusió social i d'inserció laboral. El diagnòstic, la prescripció tècnica i el diàleg per als processos adquireixen valor, ja que es configuren com a elements essencials vinculats a la Renda d'Inclusió Social.

Es configura com a indefinida, mentre es mantinga la situació de necessitat va motivar la seua concessió, el que permetrà desenvolupar processos d'inclusió social a curt, mitjà i llarg termini, en funció de les necessitats de les persones.

És una proposta que integra i compacta accions: en diferents àmbits sectorials (ocupació, salut, educació, formació, habitatge,...), nivells administratius (Generalitat, Diputacions, Ajuntaments) i perfils professionals (nivells de gestió i d'intervenció).

Per a garantir la inclusió social s'estableix una acció conjunta de suport i reforç del conjunt de la Generalitat: Des d'un complement per habitatge (20% de la quantia de la renda), a beques d'educació infantil i menjador, passant per l'accés a programes de salut. Així mateix, es garanteix l'accés als programes i accions d'orientació, formació i ocupació.

És una proposta que incorpora un model i mètode per a la seua governança, participació i avaluació, garantint amb això la transparència, el coneixement puntual de la realitat, la millora contínua, l'eficàcia i l'eficiència en els processos de gestió, la coordinació intersectorial, interadministrativa i territorial, i la participació dels actors claus del sistema, incloent els propis usuaris i usuàries i a la societat civil interessada.

S'estructura la coordinació política i tècnica, així com la participació. Així, la coordinació política residirà en la Comissió Delegada del Consell d'Inclusió i Drets Socials i la coordinació tècnica de seguiment i implementació de la llei en la Comissió Interdepartamental. La participació ciutadana es farà mitjançant els consells d'inclusió i drets socials.

S'estableix com a obligatòria l'avaluació dels efectes de la llei i la publicació dels informes respectius.

És una llei que, concebuda des dels Drets Humans, aposta pel desenvolupament humà, però que també participa en el canvi del model econòmic i la millora de l'economia de la Comunitat Valenciana. És a dir, que utilitza el pressupost públic com a una inversió, humana i econòmica, i no com a una despesa.

III. Per tal de concloure

El repte per a la construcció d'un nou model de Serveis Socials de la Comunitat Valenciana passa per canvis en el finançament del sistema, amb una major dotació pressupostària, i sens dubte per a això és necessari un canvi en el model de finançament estatal. Els valencians i les valencianes són ciutadans de segona i tercera a l'àmbit dels serveis socials, estem menys protegits, menys acompanyats i en conclusió menys cohesionats socialment.

En definitiva desenvolupar les polítiques socials és propiciar l'enfortiment de les estructures urbanes, el teixit social empresarial, l'aprofitament dels recursos endògens disponibles, l'eliminació de les desigualtats territorials i la mobilització i participació activa de la ciutadania, a través de noves fórmules participatives en els àmbits polític, social i òbviament econòmic (Palma, et al. 2006:2).

El desenvolupament de les polítiques socials constitueix una peça clau per al tractament de la nova qüestió social, inclosa la seguretat i la protecció. Els problemes han de disposar d'un marc de gestió territorialitzat, ja que els problemes socials són problemes espacials, encara que els factors de precarització i d'exclusió són, en la majoria dels casos, extraterritorials²³ (Hamzaoui, 2005).

Finalment, assenyalar que allò que demostra Benjamin Radcliff, professor de Ciències Polítiques de la Universitat de Notre Dame a EE.UU, al seu llibre *The Political Economy of Human Happiness* és allò que defensem per al nou model social valencià: a) Aquells països que tenen serveis públics universals (és a dir, que serveixen a tota la població) tals com sanitat, educació i serveis socials, són més feliços (tenen un percentatge major de població que es troba satisfeta i feliç amb la seua vida); b) Aquells països que inverteixen més per habitant en cadascú d'aquests serveis tenen major felicitat que aquells que inverteixen menys; c) Aquells països governats durant més temps des dels anys quaranta pels partits més favorables a l'intervencionisme redistributiu a favor de les rendes del treball (és a dir, partits de centreesquerra o esquerra) són més feliços que aquells que afavoreixen les rendes del capital (partits de dreta o centredreta), i

23. En aquest sentit, afirma Martínez «*Fins fa poc temps, les causes dels actuals problemes econòmics locals generalment eren atribuïdes per les respectives poblacions, als seus governs locals, regionals o nacionals, com a resultat d'una menor dedicació personal, d'una visió política poc adequada, d'una major o menor capacitat de gestió de recursos humans, tècnics o financers. Només més recentment, la generalitat de les poblacions dels països industrialitzats ha advertit que tots aquests problemes no tenen el seu origen a l'entorn de les seues cases ni, tan sols en l'entorn regional o nacional, però és ací on tenen els seus reflexos. A això es va cridar la Globalització i als seus efectes diaris, locals, la Glocalització*». (2010:179).

d) les polítiques neoliberals afecten negativament els nivells de felicitat de la població.

Una societat on les persones tinguen cura de les persones és una societat més feliç, més activa, més productiva i econòmicament més eficaç. Aquelles societats que són més solidàries i tenen menys desigualtat permeten i faciliten el desenvolupament de la felicitat molt més que aquelles que no ho són i cap ahí volem desenvolupar el model social valencià.

Bibliografia

- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002.
- AGUILAR HENDRICKSON, Manuel: «Los servicios sociales en la tormenta». *Revista Documentación Social*, núm, 166, 2013, págs. 145 a 167.
- ARIÑO VILLAROYA, Antonio y ROMERO GONZÁLEZ, Joan: *La secesión de los ricos*. Galaxia Gutenberg, 2016.
- ASOCIACIÓN DE GERENTES Y DIRECTORAS DE SERVICIOS SOCIALES: Índice DEC 2013. Consultado el 30/5/2015 en <http://www.directoressociales.com/images/documentos/idec%2007.06.2013.pdf>
- AZAGRA ROS, Joaquín, GARCÍA-ROCA, Joaquín: *La sociedad inclusiva. Entre el realismo y la audacia*. Madrid, PPC, 2015.
- AYMERICH, OJEA, Ignacio: «La integración conceptual de derechos humanos y desarrollo en el debate universalidad-especificidad de los derechos». *Revista Documentación Social*, núm., 171, págs. 169 a 190.
- BAUMAN, Zygmunt: *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI, Madrid., 2003.
- BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.
- BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002.
- BOURDIEU, Pierre: *La miseria del mundo*, Akal, Madrid, 1999.
- CASTELLS, Manuel: *La ciudad informacional*, Alianza, Madrid, 1995.
- ESTIVILL, Jordi: «Vulnerabilidades, ¿una nueva conceptualización?». *Revista Servicios Sociales y Política Social*, núm., 81, 2008, págs. 9 a 28.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2004.
- GIDDENS, Anthony: «Debating the Social Model. Thoughts and Suggestions», en *The Hampton Court Agenda: a Social Model for Europe*. Londres: Policy Network, 2006.
- HAMZAOU, Mejed: *El trabajo social territorializado. Las transformaciones de la acción pública en la intervención social*. València. Universitat de València y Nau Llibres, 2005.

- HIERNAUX, Jean Pierre: *Luchar contra la pobreza en Europa. Acervos y perspectivas de la confrontación transnacional de las experiencias en el terreno*. Colonia, ISG, 1989.
- MARTÍN-CUBAS, Joaquín: «El gobierno local en la Comunitat Valenciana: situación y perspectivas de futuro». *Anuario de derecho parlamentario*, núm. 23, 2010, págs. 113 a 156.
- MARTINEZ, Ricardo: «Fundamentos teóricos de la intervención deportiva a jóvenes antisociales». *Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, núm. 9, 2010, págs. 175 a 201.
- MORENO, Luis y SERRANO, Amparo: «Modelo Social Europeo y Políticas sociales: una evaluación formativa institucional», *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 2, 2009, págs. 11 a 32.
- MUÑOZ, Rafael: «Crisis, post-crisis y Estado de Bienestar: ¿hacia dónde transita el Modelo Social Europeo?», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 54, 2016, págs. 121 a 154.
- PALMA, A.; ANDRADE, O.; AQUEVEDO, E.; ELGUETA, G.; VON BAER, H.; VALENZUELA, J.P. y ROSALES, M.: «Desarrollo social y gestión local». *Revista Electrónica Agenda Pública*, núm, 10, 2006, págs. 1 a 9.
- PEDROL ROVIRA, Xavier: «Derechos sociales y Unión Europea. Historia de un desencuentro» en VALIÑO, Vanesa. (coord.): *Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis*. Observatori DESC, Barcelona, 2009.
- RADCLIFF, Benjamin. *The political economy of human hapiness: How Voters «Choices Determine the Quality of Life*. Cambridge University Press, 2013.
- RODRIGUEZ-BERRIO, Arantxa: «Últimos avances en los paradigmas de trabajo social», en VIDAL, Fernando: *V Informe Euhem de políticas sociales. La exclusión social y el estado de bienestar en España*, Icaria, Barcelona, págs. 75 a 86.
- SANCHO, Marina: «La carta de drets socials de la Comunitat Valenciana, una oportunitat perduda o un referent a enfortir?», *Revista electrònica de Derecho Civil Valenciano*, núm. 18, 2015, págs. 1 a 18.
- SUBIRATS HUMET, Joan, ADELANTADO GIMENO, José, J. FERNÁNEZ PRAT, Marta, GIMÉNEZ CENCILLO, María, IGLESIAS COSTA, Mariela y RAPOPORT GOLBERT, Ana y SAN MARTÍN MORANT, Josep. *Los Servicios Sociales de Atención Primaria ante el cambio social*. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2007.
- SUBIRATS HUMET, Joan (dir.), OBRADORS, Anna, GARCÍA, Patricia, Canal, Ramon: *Ciudadanía e Inclusión Social. El tercer sector y las políticas públicas de acción social*. Fundació Esplai, Barcelona, 2010.
- UCEDA-MAZA, Francesc Xavier, Martínez-Martínez, Lucía: «Servicios Sociales municipales en la Comunitat Valenciana» en ROMERO, Joan y Boix, Andrés (Eds.): *Democracia desde abajo. Nueva agenda para el gobierno local*. Universitat de València, València, 2015, págs. 207 a 233.

- UNIÓN EUROPEA: *Serveis Socials d'interés general a la Unió Europea*. COM (2006), 177 final en, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com%282006%290177_/com_com%282006%290177_es.pdf
- UNIÓN EUROPEA: Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre el tema «Inclusió social». (2010/C 128/03). a, http://www.eapn.es/ARCHIVO/documentos/recursos/5/602_LexUriServ.pdf
- VILÀ MANCEBO, Antoni: «La nueva generación de leyes autonómicas de servicios sociales (2006-2011): análisis comparativo» *Revista Azarbe*, núm. 1, 2012, págs. 143 a 155.

Resum

La construcció d'un nou model social valencià en el marc de l'Estat del Benestar del segle XXI pren com a context el marc dels drets socials prenent com a referència la Carta Social Europea. Constitueix un element fonamental l'enfortiment de l'espai local, ja que en el mateix on es desenvolupa la vida quotidiana de les persones i es manifesten les contradiccions de les desigualtats actuals. Per al nou model la inversió en polítiques de desenvolupament humà i social no són una despesa sinó una inversió social. Per tal d'avançar en aquest model social es necessari disposar d'un instrument fort i estructurat, modernitzat i amb capacitat de desenvolupar des de la proximitat les prestacions i serveis que necessiten les persones. Sens dubte, transformar el Sistema Públic de Serveis Socials és el major repte, incorporant noves lògiques, reconeixent els drets de les persones, allunyant-se dels dels sistemes de beneficència i assistència social que han caracteritzat a la Comunitat Valenciana.

Paraules clau: Estat del Benestar, Serveis Socials, Inversió Social, Codi Social, Drets Socials, Inclusió Social, Espai Local.

El modelo social autonómico del constitucionalismo de mercado: cuando la garantía de la igualdad real se sustituye por la del coste de financiación

Texto de:
Ainhoa Lasa López
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho. Universidad de Alicante

SUMARIO: I. CRISIS Y REDEFINICIÓN DE LO SOCIAL EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. II. ESTADO SOCIAL Y PODER TERRITORIAL. 1. Bases materiales del constitucionalismo social: especial referencia a la constitución económica. 2. Orden social y modelo territorial de distribución del poder. III. VÍNCULO ECONÓMICO Y COMPETENCIAS SOCIALES AUTONÓMICAS: UNA LECTURA DESCONSTITUCIONALIZADA DEL ARTÍCULO 1.1 DE LA CE. IV. LAS FORTALEZAS DEL CONSTITUCIONALISMO DE MERCADO. 1. La relación bases-desarrollo: centralidad incondicionada del mercado vrs. constitucionalismo social. 2. Bloque de constitucionalidad: la reasignación de títulos competenciales en base a la constitución económica europea. V. CONCLUSIONES: LA PERENNE TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN FORMAL Y CONSTITUCIÓN MATERIAL.

I. Crisis y redefinición de lo social en el Estado de las Autonomías

La alta conflictividad político-jurídica entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA) ha sido y es una constante rastreable en la evolución del llamado Estado de las Autonomías. La acusación mutua de invasión de competencias o de preeminencia del oportunismo político rampante del legislador estatal, al actuar una interpretación extensiva de determinados títulos competenciales transversales que erosionan las posibilidades del desarrollo normativo autonómico, pergeñan el grueso de los conflictos competenciales y recursos de inconstitucionalidad sustanciados ante el Tribunal Constitucional (TC). Desde óptica, podría decirse que las sinergias entre las instancias centrales y los poderes descentralizados trascurren por el cauce de una perenne confrontación que tiene en las vindicaciones de sendos poderes el reflejo de la dialéctica unidad-autonomía. Si bien es cierto que en los últimos tiempos el debate político y doctrinal sobre la descentralización política en España ha estado monopolizado por la defensa del acierto o desatino de las crecientes demandas autonómicas de incremento de las capacidades de autogobierno o de gobierno de sus propios designios, frente a la defensa de la unidad e indivisibilidad, en lo que aquí interesa, en la cuestión sobre los desafíos de la estructuración territorial del poder, el verdadero debate, creemos, es otro. En concreto, el impacto de las bases materiales del modelo jurídico-político del constitucionalismo de mercado en la organización territorial del Estado social, y, su traducción, el estado de indefensión de las CCAA para dar cumplimiento a los postulados de la forma de Estado social, y de esta manera desarrollar un espacio social autonómico. Así formulado, adopta más la forma de afirmación indubitada que de interrogante sujeto a reflexión, pero lo cierto es que esta aseveración constituye la premisa de partida para articular el grueso de lo que constituirá el presente análisis. Para ello se hace preciso clarificar que los términos del mismo trascienden el recurso al estudio tradicional del *corpus* de disposiciones constitucionales que integran el Título VIII del texto fundamental, esto es, de la organización territorial del Estado, con la apelación, ya recurrente, a los límites materiales y por razón de la unidad, la relación bases-desarrollo, o el bloque de constitucionalidad. Fundamentalmente, porque la cuestión a abordar no puede residenciarse en un enfoque meramente sectorial o periférico de nuestra Constitución, disociando modelo jurídico político y articulación territorial poder, sino que requiere, previamente, determinar el significado y alcance de dicha articulación en conexión con nuestra forma de Estado constitucionalizada, el Estado social.

Ciertamente, existen ya estudios que han tenido en cuenta la relación apuntada¹, pero, no lo es menos que el modo de abordarla no siempre ha permitido extraer todas las potencialidades que incorporan las bases materiales del Estado social, ciñéndose, todo lo más, a su consideración como principio jurídico o cláusula jurídica que conectan con las dinámicas de la igualdad sustancial o de los principios rectores. Ahondar en la importancia del enfoque metodológico no es baladí, porque en función del método adoptado para el estudio del constitucionalismo social y sus implicaciones, los resultados conducirán a una mayor o menor flexibilidad, en términos de adecuación, del Estado constitucional y el modelo territorial que lo acompaña, a nuevas realidades constitucionales que se oponen a los contenidos que lo caracterizan y definen. Partiendo de estas consideraciones iniciáticas, en primer lugar, se abordarán las consecuencias de la constitución material del Estado social en la distribución de competencias partiendo de la formulación prescriptiva de esta forma de Estado. En esta tesitura deviene clave la constitución económica del constitucionalismo social. En segundo lugar, se confrontará esta propuesta con las lecturas que postulan la neutralidad de la cláusula del artículo 1.1 de la Constitución española (CE), interpretación con efectos devastadores, en cuanto rupturistas, en la constitución económica del heterogobierno del mercado. En tercer lugar, se cohonstarán ambas tesis con recientes pronunciamientos del juez constitucional sobre normativa social autonómica, y, en especial, con la transformación de la comprensión de los contenidos del poder territorial del constitucionalismo social. Finalmente, se reflexionará sobre los cambios descritos y las tensiones entre los principios que informan al Estado social, y la recepción por el poder político central de los criterios de la centralidad del mercado que fundamentan el desarrollo legislativo estatal y condicionan al legislador autonómico en materia social.

II. Estado social y poder territorial

1. Bases materiales del constitucionalismo social: Especial referencia a la constitución económica

Como avanzábamos, abordar las relaciones de poder en el ordenamiento jurídico español requiere superar el rigor formalista de la distribución competencial de nuestra Carta Magna para adentrarnos en la arti-

1. SÁENZ ROYO, Eva: Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

culación constitucional de las relaciones política-economía, superando así la dimensión meramente institucional que ha focalizado la discusión sobre la necesidad o no de reestructuración del sistema de competencias del Título VIII. Ciertamente, esta premisa obliga a realizar una aproximación a la forma de Estado constitucionalizada en el artículo 1.1 de la CE. Fundamentalmente, porque consideramos que el estudio de las relaciones competenciales y su ejercicio por el Estado y las CCAA tiene en el Estado social a su principal elemento definidor y, por ende, condicionante. Interrogarse por el significado y alcance de esta formulación compete, a su vez, a posicionarse a favor de la mayor o menor virtualidad interpretativa de la cláusula constitucional Estado social. En este sentido, o bien se relativizan los contenidos específicos que incorpora, reconduciendo su función a la mera garantía de la procura asistencial, y por ello, vinculado a la dimensión funcional del intervencionismo estatal dirigido al mantenimiento del sistema económico y a la obtención de ciertos niveles de igualdad². O bien se asume la tesis de que el Estado social implica la constitucionalización de una nueva forma de Estado con contenidos vinculantes³. Nosotros nos decantamos por esta última, aunque minoritaria, tesis. El motivo es que limitar al Estado social a una mera estructura constitucional en correlación con otros principios estructurales tradicionales, como el Estado derecho, implica admitir su falta de autonomía como forma de Estado con contenidos propios o, lo que es lo mismo, invisibilizar las transformaciones que incorpora fundamentalmente en el marco del intervencionismo público. Por el contrario, reconocer que el Estado social no solo garantiza el contenido social de la Constitución, sino que afecta a la interpretación de los demás artículos constitucionales, por lo que aquí interesa, el entero sistema de distribución competencial y los límites y garantías del derecho público de la economía, supone no sólo rechazar su condición de proyecto político o la devaluación de los contenidos sociales al ámbito infraconstitucional, con la consabida preeminencia de criterios de discrecionalidad política difícilmente fiscalizables, sino, sobre todo, que nuestra Constitución postula un intervencionismo vinculado a la sistemática constitucional que formula al Estado social con importantes consecuencias en el orden socio-económico, que queda así sujeto a la acción conformadora del Estado. El reconocimiento de lo social como

2. LUCAS VERDÚ, Pablo: «Estado social y democrático de derecho», en Óscar ALZAGA VILLAMIL (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Vol I, Cortes Generales. Editoriales de derecho reunidas, Madrid. 1996, pág. 112. GARCÍA PELAYO, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza. Madrid. 1980, págs. 19-50.

3. MAESTRO BUELGA, Gonzalo, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Regulación constitucional y posibilidad del Estado social», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 22, 1988, págs. 87-116.

principio configurador del orden político refleja la autonomía de la forma de Estado social, y la conformación del Estado de Derecho y del Estado democrático como exigencias del Estado social⁴.

Paralelamente, la preeminencia normativa de las disposiciones referidas a la forma de Estado se traduce en la configuración del Estado social como la decisión constitucional fundamental que impone una relación de funcionalidad a las disposiciones que articulan la constitución económica, como fuente de definición y límite al mercado. Esta concepción, que sanciona el carácter prescriptivo de la constitución económica del Estado social, deduce del complejo de principios constitucionales directamente vinculados al Estado social un sistema de relaciones económicas caracterizadas por el primado de la política, que se materializa en una serie de límites fuertes respecto a las libertades económicas privadas constitucionalmente reconocidas⁵. En esta tesitura, la interrelación entre los preceptos constitucionales que disciplinan las relaciones económicas y los «principios básicos de ordenación del sistema económico», impiden la consideración autónoma de la constitución económica en el marco del texto fundamental. Y, por lo tanto, el reconocimiento explícito de unas líneas básicas que señalan los límites del sistema económico. No obstante, esta definición de la constitución económica vinculada a la forma de Estado social es insuficiente si no se precisan cuáles serían esos principios básicos que determinan la estructura de las cláusulas económicas constitucionalizadas. En consonancia con la tesis sostenida hasta el momento, y en aras a no reducir la forma de Estado social a un mero enunciado retórico desprovisto de cualquier tipo de vinculación, entendemos que tales principios han de ser garantes de la centralidad de los poderes públicos en la intervención del sector económico, y organizados en torno a la exigencia de la justicia social redistributiva⁶. Sin embargo, hay que matizar que no ha sido ni es esta la tesis mayoritaria en cuanto a los referentes primarios del modelo económico constitucionalizado, al contrario, estos

4. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Los antecedentes teóricos del Estado Social», en *El bienestar en la cultura: estudios de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación en homenaje al profesor Iñaki Domínguez Vázquez*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2000, págs. 163-192.

5. ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 28. ENTRENA CUESTA, Rafael: «El principio de libertad de empresa», en Fernando GARRIDO FALLA (dir.): *El modelo económico de la Constitución española*, Vol. I, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pág. 128.

6. MAESTRO BUELGA, Gonzalo, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «42. Constitución y capitalismo», en Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Constitución: norma y realidad: Teoría constitucional para Antonio López*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 383-396.

se residencian en la centralidad de los poderes privados, como veremos en el apartado III.

Con todo, este inciso destacando la divergencia no ha de impedir continuar ahondando en las implicaciones de caracterizar al Estado social como verdadera forma de Estado, lo que nos remite a la referencia al artículo 9.2 de la Constitución, también denominada «cláusula general de progreso». Al respecto, una interpretación del precepto en directa vinculación con el ámbito social de origen de dicha estructura social, permite actuar a los poderes públicos una corrección del desequilibrio real de fuerzas, llevando a cabo un modelo socio-económico compatible con la efectiva igualdad de los derechos de libertad civiles, políticos y sociales que integran la sistemática del Título I, y que posibilite una participación en la organización social y política del país. A su vez, también son rastreables las bases materiales del Estado social en la configuración de los derechos sociales. De hecho, son los elementos que componen el contexto económico, jurídico y político de la constitución material del constitucionalismo social, los que dotan de significado a los derechos sociales. De tal forma que la constitucionalización de los derechos sociales traduce los contenidos de la constitución material del Estado social⁷.

La nueva dimensión política y económica introducida por el Estado social, que se perfilan como ámbitos preferentes de la intervención estatal, junto con la necesidad de garantizar las bases del nuevo orden social incorporado por las democracias pluralistas, transforman la estructura de la Constitución. En ella se interioriza la comunicación entre las causas que motivaron el nacimiento del Estado Social y las transformaciones que se producen en la configuración del poder mismo. Y, en este sentido, el nuevo papel de la Constitución como norma jurídica en el constitucionalismo social genera una depuración conceptual y garantista. El elemento determinante es el dato constitucional, porque la constitucionalización de los derechos supone una norma fundamental de garantía que sustrae los derechos al legislador. Los derechos sociales emancipados de la condición de minoría jurídica y diversidad institucional a la que habían sido confinados por la dogmática liberal, conforman junto con los derechos de libertad y aquellos políticos, el modo de ser de una comunidad a la que la Constitución es inherente, y redefinen el significado de estos últimos⁸.

7. MAESTRO BUELGA, Gonzalo: «El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, 2002, págs. 193-222.

8. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Derechos sociales y tratados comunitarios: evolución normativa», en Francisco Javier CORCUERA ATIENZA (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Dykinson, 2002, págs. 309-370.

En conclusión, los derechos sociales, como derechos vinculados a la forma de Estado social, participan de estos elementos que lo caracterizan. En primer lugar, su carácter constitucional los coloca en una posición privilegiada, en contraposición con las exigencias de funcionamiento del sistema económico, legitimando una función correctora con respecto a éste. En segundo lugar, organizan la compatibilidad con el mercado y con el sistema económico sobre la base de su preeminencia normativa, que comporta la prevalencia de la justicia social sobre el funcionamiento del mercado y del sistema económico. Por último, el reconocimiento constitucional de los derechos sociales conlleva la necesidad para el legislador de permanecer vinculado al dictado constitucional, que los proyecta más allá de las fronteras de la política, de la mera programaticidad.

2. Orden social y modelo territorial de distribución del poder

En las relaciones entre poder central y poderes territoriales del sistema constitucional también están presentes las bases materiales del nuevo orden social interiorizado por el Estado social. Paradigmática, en este sentido, es la lógica de la distribución competencial de la Constitución en materia de políticas sociales prestacionales dentro del marco de la descentralización territorial del constitucionalismo social. La constitucionalización en el Estado Social de la función de protección social integra el criterio de legitimación material de esta forma de Estado, frente a la política asistencial del Estado legal de Derecho circunscrita a la contención del conflicto. El pacto social entre los protagonistas de la lucha por la distribución, se materializa en el reconocimiento jurídico constitucional de los sujetos en conflicto (integración política) y en la publicación del conflicto distributivo a través de la actividad prestacional e interventora del Estado (integración económica). De la sustancia del pacto subyace la imposibilidad de reconducir el conflicto a términos estrictamente políticos o económicos. La peculiar naturaleza del mismo emana de la íntima conexión entre ambas esferas, fruto de la traslación de los conflictos económicos a la órbita pública. Dimensión conflictual, defendida por la necesaria legitimación del sistema, y dimensión funcional articulada en torno al compromiso que legitima a los poderes públicos a corregir las desigualdades socio-económicas, a proceder a «un gobierno político del mercado», vínculo social de la constitución económica del Estado social que refleja el conflicto y define los límites dentro de los cuales éste puede desarrollarse⁹. Del compromiso del Estado social para con cada uno de los

9. LASA LÓPEZ, Ainhoa: «La ruptura de la constitución material del estado social: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma», Revista de derecho político, núm. 90, 2014, págs. 213-248.

elementos de la relación dialéctica acumulación–legitimación deriva el carácter funcional de los derechos sociales desde una doble perspectiva. En primer lugar, en términos de productividad y crecimiento económico, se produce una coordinación entre las dinámicas de demanda y producción. En segundo lugar, se presentan como derechos funcionales a la legitimación del sistema, en términos de adhesión social y de estabilidad política.

De acuerdo con estos parámetros, la atribución de competencias en materia de protección social requiere, siguiendo a García Herrera y Maestro Buelga, partir de un concepto de protección social integral que, si bien se desenvuelve entre las dinámicas de protección social contributivas conexas al mercado de trabajo y atribuidas a los poderes políticos centrales, y las dinámicas de protección social alejadas del trabajo encomendadas a los entes descentralizados, exige, en todo caso, un enfoque holístico que aprehenda la *vis expansiva* de la protección social demandada por los principios constitucionales del Estado social¹⁰.

En consecuencia, la descentralización política de la asistencia social, legitimada por constituir un ámbito ajeno al intercambio capital-trabajo, no es óbice para su configuración como subsector residual o marginal de la protección social, confinado a planteamientos de indigencia o mera supervivencia. Por su parte, la atribución a las instancias centrales de la competencia exclusiva en materia de Seguridad Social por su repercusión en la unidad del mercado, también se inscribe en la tesis de la concepción totalizadora de la protección social descrita¹¹. En estos términos, los condicionantes que la interrelación política–mercado comporta, y sus efectos en los ámbitos de intervención que corresponden a los poderes políticos territoriales, no pueden sustraerse a la concepción global de la protección social. Esta profunda interrelación impide situar la cuestión de la descentralización del poder y la garantía de los contenidos del Estado social en términos de esferas separadas e incontaminadas, la asignación, en exclusiva, a las CCAA de políticas sociales parejas a la inercia asistencial, la asignación al Estado de políticas sociales insertas en el perfil contributivo. En sentido contrario, la búsqueda de mecanismos de cooperación y coordinación entre poderes, sin querer significar con ello una merma o menoscabo de títulos competenciales, tiene como finalidad concitar

10. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, MAESTRO BUELGA, Gonzalo: «Prestaciones sociales y Comunidades Autónomas», en Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (dir.): El constitucionalismo en la crisis del estado social, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 1997, págs. 395-466. MAESTRO BUELGA, Gonzalo, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Comunidades autónomas y protección social en la crisis del Estado social», *Jueces para la democracia*, núm. 33, 1998, págs. 33-43.

11. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Estado, Comunidades Autónomas y derechos sociales: relaciones y tendencias», *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 8, 2002, págs. 107-147.

las técnicas de actuación descentralizadas con la naturaleza integral de la protección social adscrita al constitucionalismo social. En definitiva, asegurar una «homogeneidad social básica» o uniformidad de las condiciones de vida que evite una intervención territorial diversificada tal que haga irreconocible un modelo de desarrollo social solidario e integrado. A tales efectos, el artículo 149.1.1 de la Constitución al encomendar al Estado «La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», entronca con la igualdad sustancial de los derechos constitucionales, principios rectores incluidos, preconizada por el escenario finalista del artículo 9.2, y el axioma irrenunciable de la dignidad humana¹². Aún más, conectar la dimensión objetiva de los derechos sociales con el escenario finalista de la igualdad real ayuda a adaptar la intervención pública concretada en la ayuda social a las cambiantes condiciones de necesidad, impidiendo que el fin, la protección social total, y los medios, recursos económicos, se sitúen en un mismo plano, con la consiguiente depauperización de los contenidos sociales a «mera retórica constitucional», poniendo el acento en su indeterminación o incompletitud que diluye toda vinculación.

III. Vínculo económico y competencias sociales autonómicas: Una lectura desconstitucionalizada del artículo 1.1 de la CE

Ya adelantamos, al valorar las bases constitucionales del Estado social, que la reflexión mayoritaria en la doctrina española sobre la noción de constitución económica consiste en una lectura flexible que, partiendo de la ausencia de un modelo económico constitucionalizado, propicia una pluralidad de modelos económicos. La característica que singulariza a esta formulación es la desvinculación de la noción de constitución

12. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, MAESTRO BUELGA, Gonzalo: Marginalidad, estado social y prestaciones autonómicas, Cedecs, Barcelona, 1999, págs. 91-93.

económica de la forma de Estado¹³. El Estado social se configura, desde estas valoraciones, como un principio jurídico, lo que impide derivar efectos relevantes del dictado constitucional, por más que desde algún sector se postule que aunque la ordenación de la economía no conduce a soluciones únicas o exclusivas, en cualquier caso, todas ellas tienen que responder a unas líneas comunes que son las que, precisamente, establece la constitución económica, lo que no deja de equivaler a una construcción autónoma de la constitución económica¹⁴. Si bien esta defendida indefinición constitucional de un concreto modelo económico pronto se contradice si concretamos en qué consisten esas llamadas líneas comunes. De acuerdo con la interpretación principalista, nuestra Constitución habría acogido un modelo de economía de mercado abierta, libre y competitiva que el Estado ha de ordenar y garantizar dentro de los límites definidos por los referentes primarios del modelo económico constitucionalizado, a saber: la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, la posible concurrencia de la intervención pública, y la pluralidad de poderes públicos en la intervención del sector económico en el marco de unidad de mercado, organizados en torno al mercado y la competencia. Propiedad y libertad de empresa devienen así contenidos mínimos e indispensables del sistema¹⁵.

Pero lo relevante de esta argumentación es que la supuesta «flexibilidad e indeterminación de una constitución económica abierta»¹⁶ propicia la interdependencia establecida entre la efectividad de la cláusula Estado social y la coyuntura económica, lo que dota a la constitución de una gran elasticidad, y hace a sus contenidos especialmente idóneos para adecuarse a los cambios que están en curso. En esta perspectiva tiene su reconocimiento la estructura conceptual y semántica del modelo económico definido por la Constitución española, la economía social de mercado¹⁷. De manera que el elemento determinante resulta ser la centralidad

13. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián: *Derecho administrativo económico*, Vol. I, La Ley, Madrid, 1988, pág. 71.

14. MENÉNEZ MENÉNDEZ, Aurelio: *Constitución, sistema económico y derecho mercantil*, Can-
toblanco, Madrid, 1982, pág. 33.

15. FONT GALÁN, Juan Ignacio: «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 152, 1979, págs. 225-227.

16. GIMENO FELIÚ, José María: «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, págs. 149-212.

17. RIVERO ORTEGA, Ricardo: *Introducción al derecho administrativo económico*, Ratio Legis, Salamanca, 1999, pág. 52. ARAGÓN REYES, M: *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1995, pág. 9.

o primacía de la nueva constitución económica y su determinación del texto constitucional. Precisamente, el modelo económico que se entiende establecido por el propio texto constitucional, de entre la pluralidad de opciones admitidas, como es la economía social de mercado, se confronta con la forma de Estado Social, o lo que es lo mismo, se trata de un modelo incompatible con los contenidos propios de la constitución económica del constitucionalismo social. Básicamente, porque la primacía de los elementos privados del sistema confina al vínculo social y a sus mecanismos de realización a posiciones de subordinación, generando una racionalización económica de la política social. Esta relación dialéctica entre las referencias que caracterizan al Estado social y las propuestas de flexibilidad del sistema económico tienen en la constitución económica europea su punto de encuentro¹⁸.

No en vano, la contradicción entre los principios de la constitución económica del constitucionalismo de mercado y el proyecto constitucional unitario que sanciona el Estado social se diluye desde las valoraciones comentadas. La desvinculación de la forma de Estado en el análisis de la constitución económica atenúa los efectos jurídicos del principio constitucional, lo que sitúa el discurso en términos de continuidad impidiendo que el análisis se traslade a un plano de confrontación entre modelos. El elemento clave es la noción de economía social de mercado, que comienza a cobrar fuerza a raíz de su inclusión en el malogrado Tratado Constitucional, (art. I-3.3). Completada con la apostilla «altamente competitiva», la inclusión de una regulación social en un orden conjunto bajo los principios de la preeminencia del mercado termina por desnaturalizar a esta formulación al modelo puro de la economía de mercado. Una expresión que se reproduce íntegramente en el actual Tratado de Lisboa (art. 3.4 del Tratado de la Unión Europea). De ahí que consideremos que esta propuesta desnaturaliza la formulación constitucional del Estado social a través de una flexibilidad interpretativa casi ilimitada que posibilita, a su vez, la caracterización de la constitución económica europea como una consecuencia natural de la evolución del sistema que no se confronta con la regulación económica del constitucionalismo social. Significativas, en este sentido de continuidad de modelos, son las afirmaciones que celebran el fácil anclaje en el diseño económico constitucional español de

18. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, MAESTRO BUELGA, Gonzalo: «Economic and market direction in the European Constitution», en Josef BLANKE, Stelio MANGIAMELI (dir.): *Governing Europe under a Constitution: the hard road from the European Treaties to a European Constitutional Treaty*, Springer, Berlin–Heidelberg, 2006, págs. 65-95.

la sistemática de la constitución económica europea, sin necesidad de revisar la Constitución¹⁹.

Frente a ellas, sostenemos que estamos ante una confrontación de modelos con importantes implicaciones en la materia que nos ocupa, el espacio social autonómico. Tratar de conciliar los contenidos de la constitución económica europea y la constitución económica del Estado social es una tarea fútil porque, en última instancia, nos conduce a una interpretación revisada de la cláusula de Estado Social condicionada, directamente, por el referente normativo europeo, que impone efectos disciplinantes en la definición constitucional de la distribución territorial del poder, tal y como podemos observar en recientes regulaciones legislativas estatales y *praxis* política, al comportarse como mecanismos de corrección de los elementos normativos constitucionalizados y propios de la forma de Estado Social²⁰. Esta matización es importante para analizar cómo la revisión interpretativa del enunciado constitucional Estado social, determinada por la constitución económica europea cuyos principios precisan el alcance real de los enunciados sociales ya constitucionalizados, redefine materialmente la articulación del poder territorial adscrita al Estado social. Si nos atenemos a los principios ordenadores de la «constitución territorial económica», expresión acuñada por García Llovet²¹, autonomía y unidad de mercado, el segundo componente fija como límites a la actuación de los poderes autonómicos en la ordenación de actividades económicas, «los objetivos marcados por la política económica nacional» (artículo 148.13, in fine); que tiene su proyección en el artículo 149.1.13, a cuyo tenor, el Estado tiene competencia exclusiva sobre «Bases y coor-

19. BASSOLS COMA, Martín: «La Constitución económica», Revista de Derecho Político, núm. 36, 1992, págs. 277-290.

20. En este sentido, destaca la panoplia legislativa que desarrolla el artículo 135 CE: Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Boletín Oficial del Estado, núm. 103, de 30 de abril de 2012, páginas 32653 a 32675. Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Boletín Oficial del Estado, núm. 274, de 15 de noviembre de 2013, páginas 91298 a 91310. Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público. Boletín Oficial del Estado, núm. 305, de 21 de diciembre de 2013, páginas 103127 a 103147. Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Boletín Oficial del Estado, núm. 161, de 6 de julio de 2013, páginas 50508 a 50519.

21. Definida por el autor como conjunto de principios y reglas constitucionales que tienen por objeto la asignación entre los distintos entes territoriales de títulos competenciales de intervención en el mercado; ejerciendo potestades de ordenación sobre el mismo o actuando como operadores económicos; las reglas constitucionales que tienen por objeto la definición e imposición de límites y limitaciones al ejercicio de los títulos citados; y los principios que integran sistema, los ejes del cual son la organización territorial del Estado y ordenación de la economía». GARCÍA LLOVET, Enrique: «Constitución económica y constitución territorial económica», Autonomías, núm. 22, 1997, pág. 131.

dinación de la planificación general de la actividad económica». Sólo tangencialmente se proyecta el principio de unidad con otras reglas atributivas de competencia con alcance social, como el citado artículo 149.1.1, si bien, se precisa, que dicha proyección es indirecta²². Nada se dice con relación a la unidad y sus proyecciones (unidad del mercado, interdicción de obstáculos a los operadores económicos, y acción unitaria de poderes públicos territoriales), de su necesaria conexión con la forma de Estado social, todo lo más, una alusión somera a la igualdad de las condiciones básicas de los derechos constitucionales, sin explorar en las potencialidades de la formulación con respecto al principio de unidad, que no solo ha de tener un contenido económico, sino también social.

Esta marginalidad del enunciado social constitucionalizado se ha acen-tuado en las últimas décadas con la crisis de la estrategia de acumulación del capitalismo financiarizado, donde los intentos de los poderes autonómicos de impulsar los objetivos sociales del texto fundamental, para dar respuesta a la aparición de nuevas formas de pobreza y exclusión social, se han visto reducidos a una exigua intervención por la abusiva, y, en no pocas ocasiones, infundada apelación a las repercusiones económicas en los postulados de la constitución económica española europeizada, economía de mercado abierta y de libre competencia. La protección autonómica, si quiera, de un mínimo esencial en el ejercicio de sus competencias decae frente al recurrente recurso al coste de financiación y su impacto en el sector económico y financiero que busca su fortalecimiento a costa de la expulsión de los contenidos caracterizadores de la organización política.

IV. Las fortalezas del constitucionalismo de mercado

Entre los años 2013 y 2015, numerosas CCAA ante la emergencia de los devastadores efectos sociales del capitalismo financiarizado, principalmente, en forma de desahucios, decidieron adoptar distintas medidas jurídicas dirigidas a materializar la función social de la vivienda proclamada por el artículo 47 de nuestra Constitución, y fundamentadas en el artículo 148.1 3 de la Constitución, que atribuye a estas la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

22. GARCÍA LLOVET, Enrique: «Constitución económica y constitución territorial económica», op.cit., pág.136.

Esta dimensión objetiva que, en conexión con el artículo 9.2 y el artículo 1.1 de la Constitución, compele garantizar a los poderes públicos para la consecución de una integración material de la ciudadanía, *leitmotiv* de las leyes autonómicas promulgadas, ha sido cuestionada por el Gobierno de España en los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la normativa social autonómica, a saber: el Decreto Ley 6/2013 de Andalucía, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda²³; la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra²⁴; la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda²⁵; la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda²⁶; y la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña

23. Recurso de inconstitucionalidad nº 4286-2013, contra el art. 1, por el que se da nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda. Boletín Oficial del Estado, núm. 166, de 12 de julio de 2013, páginas 51689 a 51689.

24. Recurso de inconstitucionalidad n.º 6036-2013, contra los artículos 1 (por cuanto añade los artículos 42 bis, apartados 2, 4, 5 y 6; 42 ter; 42 quáter; 42 quinquies y 42 sexies a la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra), 2 (por cuanto modifica el artículo 52.2.a de la Ley Foral 10/2010), 5 (por cuanto modifica el artículo 66.1 de la Ley Foral 10/2010), 6 (por cuanto modifica el artículo 72.2 de la Ley Foral 10/2010) y 7 (por cuanto añade la disposición adicional décima, apartados 1 y 2, a la Ley Foral 10/2010) todos ellos de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra. Boletín Oficial del Estado, núm. 273, de 14 de noviembre de 2013, páginas 91049 a 91049. Por Auto de 10 de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional ha declarado el mantenimiento de la suspensión de vigencia de los preceptos impugnados.

25. Recurso de inconstitucionalidad n.º 1824-2015, contra diversos apartados del artículo 1 y disposiciones adicionales segunda y cuarta de la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda. Boletín Oficial del Estado, núm. 179, de 28 de julio de 2015, páginas 63869 a 63869. Por Auto de 21 de julio de 2015, el Tribunal Constitucional ha declarado el mantenimiento de la suspensión de vigencia de los preceptos indicados.

26. Recurso de inconstitucionalidad n.º 1643-2016, contra los artículos 3 (incisos t), x), 4 (apartados 1 y 2.b)), 6.1), 9.4), 56 (apartados 1), 2) y 3)), 59, 63.2) (apartados a), b), c), d), f), g), h)), 64, 72 (apartados 1) y 3c)), 74, 75, 83 (apartado d)), 84 (apartado d)) y apartado 3 de la disposición adicional primera, de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda. Boletín Oficial del Estado, núm. 93, de 18 de abril de 2016, páginas 26316 a 26316. Boletín Oficial del Estado, núm. 181, de 28 de julio de 2016, páginas 52506 a 52506. Por Auto de 19 de julio de 2016, el Tribunal Constitucional ha declarado el levantamiento de la suspensión de la vigencia del art. 6.1 y disposición adicional 1.3 y el mantenimiento de la suspensión respecto del resto de los arts. Impugnados.

24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética²⁷.

Hasta la fecha, el TC solo ha resuelto el recurso interpuesto contra el Decreto-ley andaluz²⁸. De cualquier forma, el pronunciamiento del juez constitucional en este caso puede servir como referente para el devenir del resto de normativas autonómicas, al existir similitudes en las argumentaciones de los recursos presentados por el ejecutivo estatal en lo relativo al conflicto de las medidas territoriales con el derecho de propiedad y el régimen sancionador. En particular, el nudo gordiano del recurso se sustancia en dos cuestiones diferentes, pero relacionadas entre sí, pues ambas implican rebasar títulos constitucionales y competenciales que ordenan la composición de intereses de unidad y autonomía presentes en toda estructura descentralizada.

Con respecto a la invasión de títulos constitucionales, la redacción dada por el Decreto-ley 6/2013 a los artículos 1. 3 (deber de ocupar la vivienda), 25 (definición de viviendas deshabitadas), y 53.1 a) (régimen sancionador), de la ley andaluza 1/2010, quiebra, a juicio del Tribunal, los límites materiales del Decreto-Ley previstos tanto por el artículo 86 de la Constitución, como por el artículo 10 del propio Estatuto andaluz. En particular, la redacción del artículo 1.3 afecta a aspectos esenciales de la concepción individual e institucional del derecho de propiedad contemplados por el artículo 33 de la Constitución, al imponer al propietario de la vivienda «el

27. Recurso de inconstitucionalidad n.º 2501-2016, contra los artículos 2 (apartado 2), 3, 4, 5 (apartados 1, 2, 3, 4 y 9), 7, la disposición adicional, la disposición transitoria segunda (apartado primero y apartado segundo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 7) y la disposición final tercera de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. Boletín Oficial del Estado, núm. 134, de 3 de junio de 2016, páginas 36606 a 36606. Por Auto de 20 de septiembre de 2016, el Tribunal Constitucional ha declarado el mantenimiento de la suspensión de vigencia y aplicación de los preceptos impugnados.

28. Pleno. Sentencia 93/2015, de 14 de mayo de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 4286-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos del Decreto-ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Boletín Oficial del Estado, núm. 146, de 19 de junio de 2015, páginas 51425 a 51464. Durante la sustanciación del recurso, se derogó el Decreto-Ley que motivó la impugnación por la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Boletín Oficial del Estado, núm. 263, de 2 de noviembre de 2013, páginas 88451 a 88487. Por Auto, 244/2013, de 22 de octubre, el Tribunal Constitucional, amparándose en la doctrina consolidada del carácter competencial del motivo de inconstitucionalidad, procedió a examinar si de la derogación de dichos preceptos impugnados por la ley autonómica conllevaba la eliminación de la controversia o, por el contrario, si al sustituir esta última los preceptos otorgados por otros de contenido equivalente, aquella continuaba viva. Llegando a la conclusión de que la Ley 4/2013, sustituye los preceptos impugnados por otros que o bien son idénticos en su redacción y enumeración [arts. 1.3, 25 y 53.1 a)], o bien han cambiado de un modo intrascendente al efecto de la controversia competencial suscitada en el recurso (la disposición adicional segunda pasa a ser en la Ley 4/2013, la disposición adicional primera).

deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico», «con la influencia consecutiva que esta imposición tiene también sobre el poder de disposición»; y, reconducir dicho deber a «la función social de la propiedad de esta clase de bienes, como se desprende de la exposición de motivos». Ámbito vedado a las disposiciones con fuerza de ley y reservado a la ley formal, del que se infiere la nulidad de este artículo, y, por extensión con el contenido esencial por este afectado, del artículo 53.1 a), dado que la sanción que en él se contiene solo tiene sentido a partir del deber del propietario de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación (FJº 13 de la STC 93/2015, de 14 de mayo). Mejor suerte correrá el artículo 25, salvo sus apartados 5, (exclusión de sanciones del artículo 53.1 a) a las viviendas deshabitadas de titularidad de las personas físicas), y 6 (sanciones muy graves para las personas jurídicas titulares de viviendas deshabitadas.), por su conexión con la potestad sancionadora del artículo 53.1 a). Su consideración de instrumental a la actividad de fomento en materia de vivienda es lo que prescribe su incardinación en la conformación de dicha política, salvando así la constitucionalidad (FJº 14 de la STC 93/2015, de 14 de mayo).

Resta ahora por referirnos a la presunta invasión de competencias estatales de la disposición adicional segunda del Decreto-Ley que contempla «la declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de la necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social». Cuestión que trataremos desde una doble perspectiva: por una parte, desde la relación entre la legislación básica del artículo 149.1 13 de la Constitución, y la del desarrollo autonómico. Por otra parte, desde la función constitucional del bloque de constitucionalidad. Veamos con detenimiento estas cuestiones:

1. La relación bases-desarrollo: centralidad incondicionada del mercado vs. constitucionalismo social

Siguiendo reiterada doctrina constitucional, la relación bases-desarrollo se caracteriza porque la potestad reconocida al legislador estatal para definir las bases o contenido material de lo básico, no es jurídicamente ilimitada, al tener que permitir ese margen de apreciación el correspondiente desarrollo normativo autonómico²⁹. Partiendo de esta definición, nos encontramos con que hay una fuerte carga política en la definición de lo que sea lo básico, de manera que nada impide que el legislador

29. Sobre el alcance de la competencia exclusiva estatal ex. Art. 149.1.13 CE: Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia número 21 dictada por el Tribunal Constitucional en el año 1999. Fundamento Jurídico Duodécimo de la Sentencia número 34 dictada por el Tribunal Constitucional en el año 2013.

estatal altere el contenido material de su opción política y, que en base a esta decisión política se delimite el espacio abierto al desarrollo de los legisladores autonómicos³⁰.

En estos términos se trataría de analizar si la redacción dada a la disposición adicional segunda invade o no el contenido material de la política legislativa estatal, lo que requiere, con carácter previo, identificar cuál es la norma que se considera básica, y, por tanto, competencia exclusiva, que no plena, del órgano estatal; para, a continuación, evaluar si este concurso con la regulación de desarrollo autonómico menoscaba el espacio reservado al Estado. A la primera cuestión, el máximo garante del texto fundamental mantiene invariable el criterio de reconducir toda intervención autonómica de fomento en materia de vivienda a sus implicaciones económicas, legitimando la intervención del Estado ex artículo 149.1.13 de la CE, planificación general de la actividad económica, cuando concurren dos condiciones: «que el referido título competencial posea una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general» (límite positivo); y, «que el uso que haga el Estado de esta atribución transversal no agote al título competencial más específico que incumbe a la Comunidad Autónoma» (límite negativo) (FJ^o 17 de la STC 93/2015, de 14 de mayo). Al hilo de esta directriz de conexión relevante, procede el TC a valorar el anclaje constitucional de las medidas estatales adoptadas ex art. 149.1.13 con la citada disposición autonómica. Concretamente, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modificada parcialmente por el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de origen social. La conclusión que se alcanza es «que las medidas estatales reseñadas, en tanto que determinan un modo homogéneo para todo el Estado los sacrificios que se imponen a los acreedores hipotecarios para aliviar la situación de sus deudores, concurren de un modo principal a regular el sector hipotecario en su conjunto y, al tratarse este de un subsector decisivo dentro del sector financiero, indican directa y significativamente sobre la actividad económica general» (FJ^o 17 de la STC 93/2015, de 14 de mayo). A mayor abundamiento, pareja a la finalidad de garantizar la regularidad sustancial en el funcionamiento del sistema financiero es la de asegurar la efectividad del derecho a una vivienda, conexión esta que legitimaría la consideración de líneas directrices o elementos básicos de la ordenación de este subsector de la economía a las acciones públicas previstas por la citada

30. TORNOS MAS, Joaquín: «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, págs. 29-30.

ley estatal. Sin perjuicio de que la Comunidad Autónoma andaluza pueda hacer efectiva su competencia en materia de vivienda a través de previsiones desligadas del mercado hipotecario, como serían los mecanismos de fomento contemplados por el Decreto impugnado.

Afirmado lo anterior, para la segunda consideración, el juez constitucional analiza si el supuesto de expropiación del uso de la vivienda que regula la disposición adicional segunda impugnada obstaculiza las indicadas normativas estatales adoptadas en amparo, entre otras, de la regla competencial del art. 149.1.13. Considera que la normativa autonómica, al abordar la misma situación de necesidad, despliega una eficacia incisiva en la medida estatal de política económica, al punto de contener una regulación que siendo, en esencia, incompatible con la estatal, rompe el carácter coherente de la acción pública en esta materia (FJ^o 18 de la STC 93/2015, de 14 de mayo).

La argumentación descrita introduce un criterio de mixtificación entre incoherencia y contradicción normativa que convierte la competencia de la Comunidad andaluza en materia de vivienda en una competencia vacía de contenido. No sólo no se preservan los contenidos mínimos para el desarrollo autonómico del derecho a una vivienda, sino que la preeminencia de la libertad de opción estatal en el establecimiento de las bases de la ordenación de este subsector de la economía impide toda opción diversa a la Comunidad Autónoma. De manera que la medida de validez de las bases se transfiere de lo que el principio constitucional de la autonomía reclama como propio del desarrollo, a lo que la base de forma exclusiva y excluyente considera como intervención mínima indispensable, y, por ello, acaba imponiendo una solución unívoca al desarrollo autonómico en materia de vivienda que termina por hacer irreconocible la competencia. No se trata de defender la controvertida tesis de enjuiciar la delimitación estatal desde el criterio de la discrecionalidad del legislador estatal de definir las bases considerando la opción más favorable para el desarrollo autonómico, como advierte Jiménez Campo³¹, sino de definir las bases partiendo de los principios estructurales del enunciado constitucional al que necesariamente se vinculan las normas de distribución competencial. De modo que si el objetivo de sendas normas es paliar las situaciones de necesidad o emergencia social de los colectivos desfavorecidos por falta de alternativa habitacional, y, por ende, en cumplimiento de las bases materiales que definen la forma de Estado social, la legitimación de una intervención uniforme del Estado en este sector, debiera articularse en otros términos, y considerar, en palabras de Rubio Llorente, el objetivo de naturaleza social que toda intervención de fomento en esta materia con-

31. JIMÉNEZ CAMPO, Javier: «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, págs. 65-66.

lleva, la garantía del derecho a una vivienda digna de todos los españoles del art. 47. Esto es, el artículo 149.1.1 CE³².

Si la finalidad principal de la normativa estatal, al contemplar la suspensión automática del alzamiento para los supuestos definidos de especial vulnerabilidad, no es únicamente, en apariencia, garantizar la dimensión económica del mercado hipotecario, sino, sobre todo, asegurar un mínimo igual en el ejercicio de un derecho constitucional, como lo es la vivienda, la actuación debiera ampararse en este artículo. Lo paradójico es que el Abogado del Estado explora esta posibilidad en sus alegaciones en la demanda al señalar sobre el artículo 149.1.1, «que la regulación de la función social de la propiedad, en cuanto supone la imposición de límites al ejercicio de este derecho y de obligaciones específicas para el titular, ha de ser competencia estatal exclusiva, pues forma parte de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (Antecedentes, apartado f). Incluso, la propia abogada autonómica recurre al artículo 149.1.1 para justificar que la previsión del artículo 3.1 se imbrica con las condiciones básicas de dicho precepto, que habilitan al Estado para garantizar el contenido primario del derecho de propiedad (Antecedentes, apartado d) 2º). Sin duda, una construcción jurisprudencial más respetuosa con las competencias autonómicas y que hubiese permitido la solución más eficaz de sucesión de normas en el tiempo, como sugiere la magistrada, Adela Asua Batarrita, en su Voto particular³³. Paralelamente, la argumentación conceptuada en la sentencia resulta contradictoria al ampararse en una falta de competencia para enjuiciar la apreciación de oportunidad de la solución normativa estatal (FJ 18), que termina extendiendo a la averiguación sobre la que la unidad del ordenamiento requiere en un determinado sector de regulación. De ahí que, como concluye la magistrada, la sentencia aporta un nuevo constreñimiento de competencias, al prescindir del contenido material y favorecer una concepción exclusivamente formal de las bases no susceptible de controversia en la vía constitucional.

2. Bloque de constitucionalidad: la reasignación de títulos competenciales en base a la constitución económica europea

La potencial ablación de la competencia autonómica en materia de vivienda, que implica un uso irrestricto del artículo 149.1.13, este forza-

32. Voto particular formulado por el Magistrado Francisco Rubio Llorente a la STC 152/1988, de 20 de julio de 1988. ECLI:ES:TC:1988:152.

33. Pág. 51455 de la STC 93/2015, de 14 de mayo.

do anclaje constitucional, obedece, en nuestra opinión, a la centralidad incondicionada de la constitución económica europea que se introduce en el argumentario de la justicia constitucional, y, que el voto particular, parcialmente discrepante, formulado por la Magistrada Encarnación Roca i Trías, al que se adhiere el Magistrado Fernando Valdés, recoge, implícitamente, sin extraer sus potencialidades. Fundamentalmente, en el párrafo segundo del apartado segundo del Voto, al señalar «concluye la argumentación de la Sentencia de la que aquí se discrepa que las disposiciones legales aprobadas por el Gobierno, entre las que incluye (...) el memorando de entendimiento de 20 de julio de 2012 firmado con la Unión Europea, que, inexplicablemente incorpora al bloque de constitucionalidad (...)». Precisamente, es esta última acotación de la frase la que consideramos fundamental para entender la prevalencia del dictado económico, en detrimento de la lectura en clave social defendida a lo largo de estas páginas.

No podemos obviar la función, valga la redundancia, constitucional, que tiene el bloque de constitucionalidad, como es que las normas que a él pertenecen desempeñen una función intrínseca de delimitación competencial Estado-CCAA, o una función extrínseca o accidental que solo surge en el marco del proceso por la relación que se establece entre esta norma y aquella que es objeto de examen por el TC, a través de un recurso o cuestión de inconstitucional³⁴. Acompaña esta definición del bloque la consideración de normas primarias, secundarias, y normas de rango subconstitucional, atendiendo a la naturaleza de las disposiciones que lo integran.

La cuestión es dilucidar si el citado memorándum desempeña una función intrínseca indisponible para el legislador ordinario estatal y autonómico o extrínseca o funcional. En otros términos, si formalmente adquiere carta de naturaleza constitucional al ligarse con el Título VIII, normas de delimitación competencial. En principio, si consideramos que la cualidad de constitucional la hace indisponible al margen de apreciación de la política legislativa, y que en la sentencia el memorándum se vincula al artículo 149.1.13, quedaría descartada tanto su directa ligazón al bloque, como su cualidad accesoria a él. Básicamente, porque el artículo 149.1.13 es un título atributivo de competencias y, como tal, no se integra en el bloque. Empero, cabe también la posibilidad de considerar el memorándum como un elemento autónomo con suficiente sustantividad para no quedar fagocitado por la planificación económica general, sino trascenderla, para configurarse como parte integrante de la unidad de las nuevas bases materiales. Significativa, al respecto, es la parte de la sen-

34. RUBIO LLORENTE, Francisco: «El bloque de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, págs. 10-12.

tencia donde se proclama la priorización de la reorganización del sector financiero como línea esencial de la política económica realizado a través de acciones como la firma con la Unión Europea del citado memorando (FJº 17 de la STC 93/2015, de 14 de mayo). Esta consideración permite reconducir los elementos centrales de la presente reflexión a la rigidez entre la supervivencia formal del Estado social que tratan de garantizar los legisladores autonómicos a través de las normativas descritas, y la tutela del modelo social y político del constitucionalismo de mercado por el legislador estatal.

V. Conclusiones: la perenne tensión entre constitución formal y constitución material

El incremento exponencial de los desahucios que acompaña a la estrategia de la acumulación por desposesión, a pesar de la consabida crisis e incapacidad del capitalismo financiarizado para dar respuesta a la necesaria cohesión social, como elemento inescindible para la legitimación de un sistema, ha tenido como respuesta en España la consagración de la protección y fortalecimiento del sector financiero, donde su recapitalización y reestructuración se presenta como delimitación de la función social de la propiedad. En definitiva, el abandono de la capacidad de configuración del orden social que acompaña a la dinámica objetiva de la propiedad, como mecanismo corrector de los desequilibrios sociales, elemento de fortalecimiento del Estado social. Su redefinición en la normativa infraconstitucional como criterio de política legislativa subordinado a la concepción individualista, se articula partiendo de elementos opuestos al constitucionalismo social, alejándose de la unidad que impone el enunciado constitucional de Estado social. La tensión entre derecho y política, constitución y realidad del constitucionalismo de mercado europeo es manifiesta. Este momento de tensión determina la rigidez entre la forma de Estado social y las bases materiales de la constitución económica europea en el interior del ordenamiento constitucional. El Estado social aparece como una variable dependiente, subordinada al constitucionalismo de mercado. Este nexo de subordinación hace que el significado de Estado social que se puede deducir de la Constitución no tenga un contenido subversivo de la constitución económica europea y del estatus quo que esta garantiza. Por el contrario, su realización se inscribe en estos límites de compatibilidad. Concretamente, el nexo de subordinación está vigente en el respeto a la unidad de mercado que limita al Estado social, redefiniendo además de los espacios de acción

de los poderes públicos autonómicos en materia de vivienda, la interpretación de otras disposiciones constitucionales fundamentales como el artículo 149.1.13, que aparece como previsión funcional a la estabilidad del sector financiero. Puesto que la protección de las personas en situación de vulnerabilidad por los desahucios de viviendas supone una limitación a las posibilidades de reestructuración de la deuda, la consecuencia lógica es el sobredimensionamiento de un límite competencial que termina por ser ablativo de toda política social autonómica contraria a estos postulados. La consecuencia lógica es que la tutela de la estabilidad de los mercados financieros delimita el marco de compatibilidad financiera dentro del cual pueden operar legítimamente los poderes políticos estatales y autonómicos el principio redistributivo que inspira al Estado social. En este diseño, el Estado social se sitúa en el ámbito de la legislación, en una compatibilidad instrumental y complementaria con el constitucionalismo de mercado. Y puesto que la Constitución carece de un contenido social específico, este contenido deberá de ser obtenido en ámbitos extraconstitucionales. Correlativo a esta interpretación es un reconocimiento limitado del alcance normativo y la devaluación de la naturaleza constitucional a naturaleza legal de los contenidos sociales. Curiosamente, el confinamiento de lo social al ámbito legislativo se concilia con las exigencias del proceso de integración y la contraposición que en el escenario europeo se produce entre mercado y derechos sociales. Ciertamente, la confrontación entre ambos modelos es la que permite establecer tanto la superioridad de los intereses homogéneos, como son las libertades económicas, la tutela de la competencia, la moneda única, la unión económica, concretados en el modelo de la economía de mercado y de libre competencia, como la confinación del ámbito de lo social al terreno político, ajeno a cualquier sujeción normativa. El principio de legalidad del Derecho de la Unión no busca conciliar los intereses en conflicto, como ocurre con el principio de constitucionalidad del Estado pluriclase, sino que trata de impedir, a través de las garantías formales establecidas por el ordenamiento jurídico europeo, que cualquier intervención de los poderes públicos, ya sean éstos estatales o autonómicos, contrarreste a los principios fundamentales del derecho de la competencia y del mercado cuya prescriptividad y fuerza material coincide plenamente con los contenidos formales de las disposiciones de los Tratados. En este sentido, las formulaciones apuntadas encajarían con el proyecto europeo, puesto que el modelo descrito impide la configuración de una constitución económica vinculada a la forma de Estado Social³⁵.

35. LASA LÓPEZ, Ainhoa: «Gobernanza económica europea y modelo territorial de distribución del poder», Revista Vasca de Administración Pública, núm. 96, 2013, págs. 187-190.

Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar: Principios constitucionales de la libertad de empresa, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- BASSOLS COMA, Martín: «La Constitución económica», Revista de Derecho Político, núm. 36, 1992.
- ENTRENA CUESTA, Rafael: «El principio de libertad de empresa», en Fernando GARRIDO FALLA (dir.): El modelo económico de la Constitución española, Vol. I, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio: «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», Revista de Derecho Mercantil, núm. 152, 1979.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, MAESTRO BUELGA, Gonzalo: «Prestaciones sociales y Comunidades Autónomas», en Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (dir.): El constitucionalismo en la crisis del estado social, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 1997.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, MAESTRO BUELGA, Gonzalo: Marginalidad, estado social y prestaciones autonómicas, Cedecs, Barcelona, 1999.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Los antecedentes teóricos del Estado Social», en El bienestar en la cultura: estudios de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación en homenaje al profesor Iñaki Domínguez Vázquez, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2000.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Derechos sociales y tratados comunitarios: evolución normativa», en Francisco Javier CORCUERA ATIENZA (dir.): La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Dykinson, 2002.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Estado, Comunidades Autónomas y derechos sociales: relaciones y tendencias», Anuario jurídico de La Rioja, núm. 8, 2002.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, MAESTRO BUELGA, Gonzalo: «Economic and market direction in the European Constitution», en Josef BLANKE, Stelio MANGIAMELI (dir.): Governing Europe under a Constitution: the hard road from the European Treaties to a European Constitutional Treaty, Springer, Berlín-Heidelberg, 2006.
- GARCÍA LLOVET, Enrique: «Constitución económica y constitución territorial económica», Autonomías, núm. 22, 1997.
- GARCÍA PELAYO, Manuel: Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza. Madrid. 1980.
- GIMENO FELIÚ, José María: «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», Revista de Administración Pública, núm. 135. 1994.

- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 27, 1989.
- LASA LÓPEZ, Ainhoa: «Gobernanza económica europea y modelo territorial de distribución del poder», Revista Vasca de Administración Pública, núm. 96, 2013.
- LASA LÓPEZ, Ainhoa: «La ruptura de la constitución material del estado social: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma», Revista de derecho político, núm. 90, 2014.
- LUCAS VERDÚ, Pablo: «Estado social y democrático de derecho», en Óscar ALZAGA VILLAMIL (dir.): Comentarios a la Constitución española de 1978, Vol I, Cortes Generales. Editoriales de derecho reunidas, Madrid. 1996.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Regulación constitucional y posibilidad del Estado social», Revista Vasca de Administración Pública, núm. 22, 1988.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «Comunidades autónomas y protección social en la crisis del Estado social», Jueces para la democracia, núm. 33, 1998.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo: «El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales», Revista Vasca de Administración Pública, núm. 64, 2002.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: «42. Constitución y capitalismo», en Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: Constitución: norma y realidad: Teoría constitucional para Antonio López, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián: Derecho administrativo económico, Vol. I, La Ley, Madrid. 1988.
- MENÉNEZ MENÉNDEZ, Aurelio: Constitución, sistema económico y derecho mercantil, Cantoblanco, Madrid, 1982.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo: Introducción al derecho administrativo económico», Ratio Legis, Salamanca, 1999, pág. 52. ARAGÓN REYES, M: Libertades económicas y Estado Social, McGraw-Hill Interamericana de España, 1995.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: «El bloque de constitucionalidad», Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 27, 1989.
- SÁENZ ROYO, Eva: Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- TORNOS MAS, Joaquín: «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia», Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 33, 1991.

Resumen

El impacto de las bases materiales del modelo jurídico-político del constitucionalismo de mercado en la organización territorial del Estado social, y su traducción, la transformación de la comprensión de los contenidos del poder territorial del constitucionalismo social, propicia una reasignación de títulos competenciales en base a la centralidad incondicionada del mercado. Desde estas coordenadas, la relación bases-desarrollo se articula desde la óptica de la transferencia de lo que el principio constitucional de la autonomía reclama como propio del desarrollo, a lo que la base de forma exclusiva y excluyente considera como intervención mínima indispensable. Paralelamente, los postulados de la constitución económica europea como parte integrante de la unidad de la constitución material del vínculo económico, reconduciendo los términos del debate a la tensión entre la supervivencia formal del Estado social, que tratan de garantizar los legisladores autonómicos a través de las normativas de la emergencia social, y la tutela del constitucionalismo de mercado por el legislador estatal.

PALABRAS CLAVE: Estado social, derechos sociales, poder territorial, constitución económica europea, bloque de constitucionalidad, constitución formal, constitución material.

Resum

L'impacte de les bases materials del model jurídic-polític del constitucionalisme de mercat en l'organització territorial de l'Estat social, i la seua traducció, la transformació de la comprensió dels continguts del poder territorial del constitucionalisme social, propicia una reassignació de títols competencials sobre la base de la centralitat incondicionada del mercat. Des d'aquestes coordenades, la relació bases-desenvolupament s'articula des de l'òptica de la transferència del que el principi constitucional de l'autonomia reclama com a propi del desenvolupament, al que la base de forma exclusiva i exclouent considera com a intervenció mínima indispensable. Paral·lelament, els postulats de la constitució econòmica europea es configuren com parteix integrant de la unitat de la constitució material del vincle econòmic, reconduint els termes del debat a la tensió entre la supervivència formal de l'Estat social, que tracten de garantir els legisladors autonòmics a través de les normatives de l'emergència social, i la tutela del constitucionalisme de mercat pel legislador estatal.

PARAULES CLAU: Estat social, drets socials, poder territorial, constitució econòmica europea, bloc de constitucionalitat, constitució formal, constitució material.

Abstract

The impact of the material bases of market constitutionalism's legal-political model on the Social state's territorial organization, and its translation, the transformation of the understanding of the territorial power contents of social constitutionalism, propitiates a reassignment of competential titles on the basis to the unconditional centrality of the market. From these coordinates, the relationship bases-development is articulated from the perspective of the transference of what the constitutional principle of autonomy claims as characteristic of development, to which the basis of exclusive form considers as necessary minimum intervention. At the same time, the postulates of the European economic constitution are an integral part of the unity of the material constitution of the economic link. They redirect the terms of the debate to the conflict between the formal survival of the Social state that the regional governments try to guarantee through the measures to address social emergency, and the protection of market constitutionalism by the state legislative.

KEY WORDS. Social state, social rights, territorial power, European economic constitution, constitutional block, formal constitution, material constitution.

La inspección administrativa de servicios sociales y la protección de los derechos de los vulnerables

Texto de:
Alba Nogueira López¹
Universidad de Santiago de Compostela

I. Introducción

La protección de los derechos de los colectivos vulnerables tiene una doble vertiente. Por un lado, la garantía prestacional ligada a la existencia de servicios sociales que palién las situaciones de riesgo, exclusión o necesidad de cuidado que los coloca en esa situación de vulnerabilidad. Por otro, el control de que esas prestaciones se ofrecen en las condiciones establecidas y no lesionan los derechos de estas personas. Es esta segunda vertiente la que va a centrar las reflexiones de este trabajo.

La fragilidad social y/o económica de estos colectivos (mayores, personas excluidas, mujeres maltratadas, menores...) limita su capacidad de reacción ante una incorrecta prestación de los servicios de cuidado o, directamente, ante lesiones a sus derechos fundamentales en el marco de estas prestaciones. Las noticias sobre maltrato de ancianos, descuido

1. Este trabajo se encuadra en el Proyecto «Vulnerabilidad social, crisis económica y derecho a la vivienda. Las políticas públicas de garantía social» (DER2016-79913-R) y es el desarrollo de un apartado de la ponencia presentada en el seminario STEM celebrado en mayo de 2015.

en el cuidado de niños, lesión a la intimidad o abusos sobre personas internadas en centros, evidencian la necesidad de extremar los mecanismos de control. Limitaciones derivadas de un desconocimiento de sus derechos, de barreras lingüísticas, de acceso a los mecanismos de denuncia, de discapacidad física o intelectual, obligan a que el diseño de las estructuras de inspección y control se regulen de forma que eviten estos problemas. Los problemas que habitualmente se señalan con respecto a una insuficiente regulación general de la inspección administrativa y de los mecanismos de control² adoptan caracteres específicos en este ámbito por su conexión con valores constitucionales como la protección de la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la vida. Por eso queremos dirigir la mirada a cuestiones menos debatidas y, sobre todo, más problemáticas en este momento de profundo cambio social, económico e institucional.

Además, el cambio hacia un Estado cada vez menos prestacional y más garante obliga a repensar los marcos del derecho público (ESTEVE, 2013) abriendo nuevas fórmulas de garantía y control de actividades en las que hay intereses generales en juego y, en muchos casos, derechos fundamentales afectados (integridad física, vida, educación...). La garantía del Estado Social debería hacernos reflexionar sobre la actividad inspectora para la protección de los derechos de los vulnerables. Recortes, privatizaciones, gestión privada de servicios de bienestar hacen obligado repensar cual es el papel que debe jugar la Administración en el control y garantía de los derechos de los ciudadanos y particularmente de los derechos fundamentales.

2. Para ello existe un conjunto de obras generales y colectivas de gran nivel relativamente recientes (GARCIA URETA, 2006; FERNÁNDEZ RAMOS, 2002; RIVERO ORTEGA, 2000; PADRÓS REIG, 2001; CANALS ATMELLER, 2003; GALÁN GALÁN, 2010; REBOLLO PUIG, 2013;...) y un significativo abanico de estudios sectoriales.

II. Cambios en el modelo de prestación de servicios: Protección de derechos y control de las prestaciones en actividades con prestadores privados

Un elemento relevante de cambio en la actividad inspectora es la existencia de un campo creciente de actividades ligadas a la atención social en manos de prestadores privados. Por un lado, los cambios y avances sociales llevan al impulso o reforzamiento de necesidades de cuidados al aumentar las situaciones de dependencia, producirse una extensión en edad y alcance de la atención a la infancia por la incorporación de la mujer al trabajo y cambios en las políticas educativas, redimensionarse la atención al envejecimiento y por la cobertura de servicios contra la exclusión en un contexto de crisis económica. Estos servicios sociales son atendidos en muchos casos por prestadores privados, bien porque son directamente de iniciativa privada, bien porque la Administración contrata su gestión indirecta. A servicios en los que tradicionalmente coexistía una oferta pública y privada (ej. residencias de ancianos), lucrativa o por la colaboración del tercer sector, se une la privatización creciente de la gestión de ámbitos más sensibles como casas de acogida de mujeres maltratadas, centros de menores, etc. Es en este marco, en el que deben acentuarse las garantías de correcto funcionamiento de servicios que atienden a colectivos vulnerables, donde el reforzamiento de los servicios de inspección y de sus normas de funcionamiento cobran importancia. La función inspectora tiene una singular relevancia para la garantía de los derechos de las personas vulnerables. La combinación de recortes sociales, privatización de la gestión de servicios y liberalización del régimen de inicio tiene que ir acompañada de medidas de reforzamiento de la inspección para proteger a aquellas personas que por su condición psíquico-física, social o laboral están en una situación especialmente desfavorable. Personas que, precisamente por esa condición, pueden encontrar mayores dificultades para hacer valer sus derechos. Menores en centros de internamiento o en escuelas infantiles; ancianos o discapacitados en residencias; extranjeros en centros de internamiento...Personas vulnerables a las que el ordenamiento debe garantizar una atención digna y las prestaciones previstas pero que al mismo tiempo pueden tener dismi-

nuida su capacidad para alertar sobre las carencias e incumplimientos que las afectan o tener problemas de integración social que acentúen las actividades de control en torno a ellas. Razones de edad, lingüísticas, de procedencia social o impedimentos físicos colocan a estas personas en una posición de debilidad frente a ataques a derechos fundamentales (dignidad, educación, integridad física...) y derechos como usuarios de servicios. E igualmente pueden hacerlos más susceptibles a prácticas engañosas en inspecciones de otros servicios³.

No vamos a entrar por su distinta naturaleza en la inspección de servicios -con un funcionamiento jerárquico, carácter *ad intra* y un control de legalidad, pero también de oportunidad-(FERNÁNDEZ RAMOS, 2002, 61-64, GARCIA URETA, 2006, 40-42) aunque en muchos casos ambas inspecciones son ejercidas por un mismo servicio, con una regulación común, dada la coexistencia de formas de prestación privada y pública de estos servicios.

La progresiva externalización de servicios ha propiciado que «el papel de la Administración no siempre es de gestor o titular de servicios, sino de garante o regulador de los mismos» (AGUADO, 2012, p. 59) y deberíamos repensar como, independientemente de la forma de prestación elegida, se asegura esa la protección de los derechos de los usuarios y muy singularmente los relacionados con sus derechos fundamentales a la dignidad, privacidad o la integridad física y moral. La creciente presencia de prestadores privados, bien porque existe un ámbito de competencia (educación, sanidad, atención a la infancia y la vejez...) o porque se ha producido una externalización de la gestión (centros de menores, asistencia sanitaria en centros de internamiento de inmigrantes, atención a mujeres víctimas de violencia de género...) debe conducir a reforzar la protección de derechos a través de la actuación de la inspección.

2.1. El papel de la contratación pública estratégica o socialmente responsable

Uno de los ámbitos que puede contribuir a la garantía del núcleo constitucionalmente protegido de los derechos sociales es el de la contratación pública estratégica. Las limitaciones a la creación de empleo público mediante la imposición centralizada de una tasa de reposición de efectivos, unida a limitaciones normativas que dificultan la gestión directa, provocan la «externalización» de servicios públicos y el recurso a la gestión indirecta. En la medida en que muchos servicios de bienestar se van a prestar total o parcialmente por prestadores privados en régimen de gestión indirecta, una adecuada configuración de los procedimientos de

3. <http://www.guardiacivil.es/va/prensa/noticias/5276.html>.

contratación administrativa y de los instrumentos de control de los contratistas puede contribuir a esa garantía de los derechos sociales.

Para ello es relevante la existencia de parámetros de cumplimiento establecidos normativamente fijando estándares de habitabilidad, personal disponible, indicadores de calidad del servicio, que sirvan a la inspección administrativa como indicadores para realizar su función. Las normas reguladoras de los servicios sociales y los pliegos de cláusulas de los contratos, cuando se externaliza la prestación de servicios, cumplen una función relevante en la fijación de esos parámetros de prestación en términos de calidad, horarios, prestaciones incluidas. No obstante, un examen de pliegos de cláusulas de contratación de servicios de esta naturaleza permite apreciar que, más allá de las potestades genéricas de inspección y dirección inherentes a la contratación pública, el establecimiento de indicadores de cumplimiento y el desarrollo de mecanismos específicos de control adaptados es inhabitual, lo cual va a dificultar la capacidad de intervención administrativa. En general los pliegos establecen unos requisitos mínimos de número y cualificación del personal y medios físicos de atención a los usuarios y cautelas de confidencialidad sobre los datos obtenidos, pero la adjudicación se realiza fundamentalmente en base a criterios económicos y no se detallan elementos de fiscalización sobre las condiciones y derechos de los usuarios.

El Consejo de Europa hizo un llamamiento precisamente para que los cambios en la forma de gestión de los servicios públicos no pongan en riesgo los derechos humanos. En particular la asamblea (CoE, 2010) situaba algunas de sus recomendaciones en la necesidad de que la *accountability* en relación con la protección de los derechos humanos por las empresas se tradujera en la adopción por parte de los Estados de directrices en materia de contratación pública e inversiones en fondos ligadas al respeto de los derechos humanos.

Cohonestar los principios de transparencia, eficiencia e integridad en la contratación pública, que en el Derecho europeo aparecen estrechamente ligados a la garantía de la competencia y la igualdad de trato o ahora a la contratación estratégica (GIMENO FELIU, 2014), debería dar paso en este nuevo contexto de una Administración garante a la construcción de elementos de protección de otros intereses generales conectados con la protección de los derechos sociales. No obstante, las llamadas a una utilización estratégica de la contratación pública chocan con la subordinación «a las exigencias del mercado único en el orden de valores comunitario» (AYMERICH, 2013, p. 87).

La contratación pública no es sólo una actividad económica sometida a las normas de libre competencia, sino que es «un instrumento de política económica y social» por lo cual, inevitablemente, la valoración de criterios de igualdad de género, empleo o sociales puede provocar conflictos con los potenciales licitadores (SÁNCHEZ MORÓN, 2012, p. 8). Hay voces

(BERNAL, 2008, 2014) que advierten de que la «contratación pública puede no resultar idónea siempre para la consecución de fines sociales, pues no está diseñada para ello, sino principalmente para alcanzar objetivos de eficacia y eficiencia económica». Efectivamente, la normativa de contratación pública ha buscado principalmente que esta funcione de forma transparente para garantizar por un lado la igualdad y no discriminación de las empresas que aspiran a ejecutar los contratos públicos y por otro la máxima eficiencia en el uso del presupuesto público. En cierto modo, la introducción de criterios sociales en la contratación es una suerte de positizo que encuentra dificultades para superar los obstáculos que implica esa visión fundamentalmente economicista. La clara primacía del Derecho de la competencia sobre las consideraciones sociales «desmesurado al actuar como un criterio casi excluyente de la acción pública» obvia que estas consideraciones emanan de la cláusula social constitucionalmente protegida (GONZÁLEZ GARCÍA, 2015, p. 18).

Es cierto que la normativa europea de contratación pública ha dado pasos en la dirección de poder introducir la perspectiva social en los contratos públicos, pero también que el impacto de estos cambios es limitado e, incluso, insuficiente en su alcance. Y ello por razones diversas: complejidad jurídica para articular esa introducción de criterios sociales, resistencias administrativas, miedo a sobrecostes en las licitaciones...(LESMES, 2013, p. 27-28).

No vamos a entrar aquí en el estudio de las fórmulas de introducción de criterios sociales en la contratación (NOGUEIRA/DIZ, 2017), pero sí en el control del cumplimiento de los criterios sociales en la contratación. Si una empresa puede ser adjudicataria de un determinado contrato en virtud de que su oferta/solvencia técnica/prestación contempla con mayor acierto que sus competidores la inclusión de esos criterios sociales, parece lógico que esta circunstancia tenga que soportar el filtro de un control de cumplimiento. No es esta una tarea sencilla porque nuestras Administraciones públicas tienen una tradición pobre de evaluación de políticas públicas, establecimiento de indicadores de desempeño e inspección de servicios.

La legislación de contratación pública prevé una serie de prerrogativas de la Administración que ofrecen amparo a este control, pero también este puede encontrar límites. El Acuerdo 72/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es indicativo de esto. Un pliego de cláusulas administrativas de un contrato de servicios establecía la obligación de que la empresa adjudicataria presentara a la Administración nóminas, TCs acreditativos de cotizaciones y otra documentación que permitiera comprobar el mantenimiento del salario del convenio colectivo que era uno de los criterios sociales introducidos. Frente a la alegación de que estas exigencias suponían un abuso de las prerrogativas de control de la Administración que desnaturalizaba la tipología del contrato convirtién-

dolo en uno de asistencia técnica el Tribunal afirma que, si bien tienen que estar ligadas al objeto del contrato y no exceder de la función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato proyectando efectos sobre la empresa más allá del ámbito que está implicado con la ejecución de éste, en este caso no quiebran este aspecto y tan sólo garantizan la ejecución correcta. No obstante, debemos llamar la atención que las experiencias que conocemos de contratación pública social se centran en la mejora de las condiciones sociales de los trabajadores de la empresa contratista pero no hacen especial referencia a como mejorar los contratos para que sean más sensibles con los derechos de las personas vulnerables receptoras de la prestación.

La externalización de la gestión de servicios públicos conlleva una pérdida de control directo por parte de la Administración contratante. La empresa concesionaria tiene mucha más información sobre la calidad de los servicios prestados que la Administración, lo que, sin un control y unos incentivos adecuados, puede llevar a que los usuarios de los servicios públicos vean reducida la calidad de los servicios recibidos (CNC, 2013, 56). Esta asimetría en la información debe ser corregida introduciendo elementos de control por parte de la Administración contratante entre los cuales la Comisión Nacional de la Competencia (CNC, 2013, 62) enumeraba, por ejemplo, una definición adecuada de los elementos de control en los pliegos de contratación; el establecimiento de un órgano de control seleccionado con arreglo a los principios de independencia y competencia (especialización); penalizaciones creíbles por desviaciones respecto a los objetivos de calidad; transparencia en el control, evaluaciones del propio órgano de control y evaluaciones *ex post*.

Un elemento que finalmente debe ser objeto de especial atención, por cuanto es decisivo en la irreversibilidad temporal de ciertas decisiones de privatización de la gestión, es la propia duración del contrato. Los contratos con duración muy prolongada en el tiempo, que no se encuentren justificados por razones de recuperación de las inversiones o mantenimiento del equilibrio económico, favorecen una relajación en el cumplimiento de objetivos de calidad y blindan el modelo en relación a decisiones que podrían adoptar sobre su forma de gestión gestores futuros.

2.2. Redefinir la actividad de los Ombudsman

El papel que juegan los Defensores del Pueblo en la defensa de los derechos de los ciudadanos en relación con la actividad de la Administración debería también ser reformulado para que pueda proteger esos mismos derechos cuando se produce un cambio en las fórmulas de gestión⁴.

La reducción del papel público en la prestación y titularidad de servicios esenciales suscita por tanto el problema de la falta de adaptación de la normativa de instituciones de supervisión como son los *Ombudsman* a una realidad en la que de forma creciente los mismos derechos y prestaciones sociales son garantizados por prestadores privados. Es necesario reconstruir el ámbito de actuación de los Defensores del Pueblo tomando en consideración esa nueva situación de modo que sea posible entrar a realizar la labor de control del respeto de los derechos de los ciudadanos en relación con el ejercicio privado de actividades que afectan a la protección de derechos fundamentales (integridad física, dignidad, derecho a la vida...). La Ley del Defensor del Pueblo estatal fija el ámbito de actuación en las Administraciones públicas «y sus agentes» lo que da pie para su intervención en la actividad de contratistas de la Administración, sin embargo sería también conveniente que pudiera hacerlo para servicios sociales de titularidad privada. No se trataría tanto de extender las funciones de los Defensores a toda la actividad en estos sectores sino de que esta supervisión se asegure para aquellas decisiones de estos sujetos privados que pueda suponer una limitación de las garantías de los usuarios con respecto a los que procederían si esta misma actividad fuera realizada desde el ámbito público. De hecho, en los informes de los Defensores se pueden encontrar ejemplos de supervisión de estos órganos por la vía de recomendaciones a las Consejerías de Servicios Sociales encargadas de supervisar a estos centros. Sin duda, esta modificación del ámbito de actuación de los Defensores supondría un reto y no está exenta de problemas jurídicos requiriendo en muchos casos la modificación de la legislación que institucionaliza esta figura. No obstante, parece adecuado caminar en esa dirección para ofrecer un marco de garantías más amplio a los usuarios de servicios que afectan al ejercicio de derechos fundamentales y que, por cuestiones presupuestarias o consideraciones políticas sobre la articulación del modelo de gestión, se prestan desde la

4. Sindic de Greuges, *La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas*, febrero 2014 (<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3606/La%20prestacion%20privada%20de%20servicios%20de%20interes%20general%20def.pdf>), p.7. Como se afirma «este documento sostiene que en la prestación de servicios esenciales es necesario diseñar mecanismos de protección de los derechos y libertades, así como de deliberación pública continuada sobre la mejora de la prestación, ya que los instrumentos clásicos de supervisión administrativa, de regulación, de defensa de la competencia o de protección del consumidor en la prestación no son suficientes para asegurar el respeto de estos derechos y libertades», p.11.

esfera privada. El Derecho público debe, aquí también, repensar algunas de sus instituciones desde la óptica del Estado garante.

2.3. Densificar la normativa reguladora

La normativa que regula estos ámbitos sectoriales es, con carácter general, parca en la regulación de la actividad de inspección y no contiene previsiones especialmente incisivas con el objetivo de paliar esta situación de vulnerabilidad (por ejemplo no existe ni una sola referencia en la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional*) y ello a pesar que existen derechos fundamentales que pueden verse afectados (intimidad, integridad física, dignidad, protección de datos personales...) lo que exigiría una regulación que preste cobertura legal a intervenciones restrictivas de estos derechos.

Desde la perspectiva de protección de los derechos de las personas vulnerables sería deseable una regulación que fije unos principios de actuación que asienten con claridad que estas actuaciones inspectoras tienen una significación especial por el tipo de usuarios a los que debe proteger frente a incumplimientos⁵. La protección de valores y bienes que nuestra Constitución defiende como definitorios de nuestro Estado social y democrático de Derecho y muy particularmente los derechos de los más débiles necesita una plasmación normativa. VAQUER (2002, 190-92) recogiendo los postulados de COBREROS MENDAZONA y NIETO, nos recordaba los atrancos que pueden encontrar los derechos prestacionales para su efectividad, muy especialmente si esa defensa pretende trasladarse al plano jurisdiccional habida cuenta de las barreras culturales, económicas, sociales que encuentran las personas en situación de vulnerabilidad para sobreponerse a un ordenamiento diseñado desde el prisma de los

5. Decreto 40/1998, de 10 de marzo, por el que se regula la autorización, registro, homologación e inspección de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco:

Artículo 38.- Naturaleza.

2. El ejercicio de la actividad inspectora se ajustará a los siguientes principios:

- a) Velar por el respeto de los derechos de las personas usuarias y adoptar éste como criterio preferente en la interpretación de las normas aplicables.
- b) Utilizar instrumentos cuantitativos y cualitativos, al objeto de comprobar la adecuación del servicio o del centro a los requisitos materiales y funcionales que se establezcan reglamentariamente para cada tipología de servicio o centro.
- c) Prestar, en el curso de la inspección, especial atención a los cauces de participación de las personas usuarias y de sus familias, y a su funcionamiento efectivo, y analizar las quejas manifestadas por las mismas.
- d) Atribuir a la inspección un carácter evaluador y pedagógico que involucre a los profesionales de los servicios y centros en el análisis de su funcionamiento y de las medidas idóneas para mejorar la calidad de la atención.
- e) Complementar la visita de inspección con la aplicación de sistemas de evaluación cualitativa cuyos resultados orienten sobre las directrices a adoptar en la prestación de la atención. A estos efectos, se establecerán reglamentariamente los criterios de calidad, eficacia y coste económico y social del servicio.

que tienen otros resortes para hacer valer sus derechos o acceder a esas prestaciones. Esta misma reflexión es extensible al ámbito de la función inspectora. La dificultad para ciertas personas y colectivos vulnerables para tomar conocimiento de sus derechos y, posteriormente, poner en conocimiento de la Administración los incumplimientos existentes para que ésta despliegue la potestad inspectora debería conducir a un reforzamiento de las garantías existentes tanto en el plano normativo como en el organizativo.

III. La protección de derechos fundamentales ante actividades de inspección

La protección de derechos fundamentales se regula además de forma particularmente parca en muchas de las normas sectoriales que abordan la regulación de las inspecciones en estos sectores en abierto contraste con la garantía extendida que encontramos en normas de sectores menos sensibles como los ligados al Derecho de la competencia en que la Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia exige, por ejemplo, autorización judicial para la entrada en lugares sin la condición constitucional de domicilio y para el control de los elementos afectos a la actividad o para inspecciones que implique «restricción de derechos fundamentales», sin limitarlo a la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones con previsión constitucional (REBOLLO PUIG, 2014, 756-757).

El uso de la cuestionada categoría de relaciones de sujeción especial para favorecer actuaciones inspectoras poco respetuosas con los derechos fundamentales es otro elemento relevante. Los derechos fundamentales sólo podrían verse limitados si es necesario para la protección de otros bienes o derechos constitucionalmente garantizados pero la mera existencia de una relación de sujeción especial no puede servir como fundamento para el establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales (LASAGABASTER, 94, 400-401). La inviolabilidad del domicilio, cuya condición parece clara en ciertos establecimientos dirigidos a población vulnerable (asilos, centros de menores, residencias para personas con diversidad funcional) de acuerdo con la doctrina constitucional (STC 10/202; STC 189/2004); la posible afectación del derecho fundamental a la integridad física, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, precisan de un desarrollo normativo en las leyes que habilitan esta actividad inspectora respetuosa con la doctrina constitucional y que garantice la actuación proporcional de los servicios de inspección. En esta

línea parecen difícilmente compatibles con un juicio de proporcionalidad previsiones que amparan la realización de inspecciones que conllevan registros de «personas, ropas y enseres»⁶ «con la periodicidad que se establezca», lo cual parece indicativo de su carácter rutinario y ajeno a la existencia de indicios razonables de incumplimientos.

También es necesaria una adecuada regulación de ciertas previsiones específicas de confidencialidad de datos e informes que son propios de estos ámbitos. Se trata tanto de garantizar el sigilo de los inspectores o la confidencialidad de datos que afectan a la intimidad, como de previsiones que establecen el secreto de datos personales para los propios interesados⁷. La STS 5439/2010, de 8 de octubre, evidencia los riesgos que comporta el manejo de datos personales sin un respeto escrupuloso a las previsiones de la LOPD. En ese supuesto concreto una sanción de 300.000 euros a una residencia de ancianos por ceder datos personales a una farmacia sin un consentimiento inequívoco de los afectados. Por otro lado el acceso de los usuarios a sus propios datos personales en manos de los servicios sociales debería complementarse con previsiones específicas

6. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:

Artículo 62 quinquies. Medidas de seguridad.

1. Las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca, inspecciones de los locales y dependencias y siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados.

7.La Ley 13/2008, de Servicios Sociales de Galicia contempla como derechos de los usuarios de servicios sociales: «f) A la confidencialidad, sigilo y respeto en relación a sus datos personales e información que sea conocida por los servicios sociales en razón de la intervención profesional, sin perjuicio del posible acceso a los mismos en el ejercicio de una acción inspectora, de conformidad con la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal. g) A acceder a su expediente personal y a obtener copia del mismo». No recoge por tanto excepciones al acceso al acceso a datos. Por su parte el Decreto 96/2014, de 3 de julio, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar en Galicia:

Artículo 20. Elaboración de informes.

En los puntos de encuentro familiar sostenidos con fondos públicos, el órgano solicitante y el derivante podrán solicitar del equipo técnico los informes que consideren necesarios con la periodicidad que consideren pertinente.

Se emitirán informes cuando se produzcan incidentes o incumplimientos que a juicio de las y de los profesionales deban ser puestos en conocimiento del órgano derivante y del órgano que solicitó la intervención. Especialmente se podrán emitir informes urgentes cuando se aprecien factores que puedan poner en riesgo la integridad física o emocional de la o del menor.

Los informes que elaboren las y los profesionales de los puntos de encuentro familiar son confidenciales y no pueden ser divulgados ni entregados a las personas progenitoras, familiares o representantes legales; sin perjuicio del deber de remitirlos cuando sean requeridos por el órgano derivante, por el órgano solicitante, por el Ministerio Fiscal o por el órgano competente en materia de autorización e inspección de la consellería con competencia en materia de familia y menores.

Los informes serán redactados con objetividad e imparcialidad.

en normas con rango de ley que sean respetuosas con el art.13 de la LOPD sobre impugnación de valoraciones que establece que «los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad» fijándose que el «afectado tendrá derecho a obtener información del responsable del fichero sobre los criterios de valoración y el programa utilizados en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto» y que esa «valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado».

IV. La configuración organizativa de los servicios de inspección

La dependencia orgánica de los servicios de inspección y la cualificación profesional de los inspectores son especialmente relevantes en estos ámbitos. En este sentido al debate jurídico sobre si deben realizar estas funciones funcionarios o podrían realizarlas también personal laboral se uniría la vertiente relacionada con la cualificación específica en materia de servicios sociales, bien mediante la exigencia de unas titulaciones profesionales determinadas o con previsiones relativas a la realización de cursos de formación específicos⁸.

A pesar de que en muchos casos los servicios de inspección realizan tanto funciones *ad extra* como *ad intra* (Inspección de Servicios) no es

8. Decreto 254/2011, de 23 de diciembre, por el que se regula el régimen de registro, autorización, acreditación e inspección de servicios sociales en Galicia:

Artículo 41. El personal inspector.

1. El personal inspector, en el ejercicio de sus funciones, tiene la condición de autoridad pública y actúa con plena independencia, objetividad e imparcialidad de conformidad con los principios de especialización de funciones y profesionalidad.
2. El personal destinado a las tareas de inspección será personal funcionario y contará con la cualificación necesaria para el desarrollo de sus funciones. A estos efectos para el desempeño de estas funciones, se valorará disponer de titulación universitaria en las áreas jurídica o social y se exigirá estar en posesión del curso de capacitación para el desempeño de la función de inspección de servicios sociales, que garantizará una formación mínima imprescindible en materia de inspección, de servicios sociales, de calidad y de procedimiento sancionador, sin perjuicio de aquellos otros requisitos que se hubieran podido determinar en las bases de la convocatoria de los procedimientos de provisión de los puestos de trabajo y de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente en materia de función pública(...).

frecuente que la normativa incluya previsiones dirigidas a garantizar la imparcialidad de los servicios de inspección en sus funciones de supervisión interna mediante una separación funcional de órganos de gestión e inspección⁹. O el establecimiento de medidas para preservar estas funciones de situaciones de incompatibilidad no previstas por la normativa general de incompatibilidades o corregibles mediante los mecanismos de abstención y recusación¹⁰. También puede ser problemática la concreta dependencia orgánica de los servicios de inspección que puede determinar el alcance y signo de la actividad inspectora. Así, por ejemplo, se ha criticado la adscripción al Ministerio de Interior de la inspección de los Centros de Internamiento de Extranjeros lo que derivaría en un modelo de inspección más orientado a cuestiones de seguridad que a la garantía de derechos como la atención sanitaria, las condiciones de habitabilidad o la asistencia letrada, asistencial o familiar¹¹.

La previsión de dar una determinada periodicidad o contemplar planes de inspección¹² anuales que fijen objetivos a las inspecciones es otra forma

9. Así, por ejemplo, el Decreto 40/1998, de 10 de marzo, por el que se regula la autorización, registro, homologación e inspección de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco:

Art.41.2.- En ningún caso, podrán asignarse las funciones inspectoras a aquellas unidades orgánicas que tengan atribuidas competencias de gestión, directa o indirecta, de servicios y centros susceptibles de ser objeto de inspección en los términos del presente Decreto, sin perjuicio de los mecanismos de control que introduzcan en el ejercicio de sus funciones de gestión.

10. En este sentido no parece tener gran utilidad para regular supuestos que se escapen a las reglas de incompatibilidad de los empleados públicos o de abstención la previsión del Decreto 254/2011, de 23 de diciembre, por el que se regula el régimen de registro, autorización, acreditación e inspección de servicios sociales en Galicia:

Artículo 41. El personal inspector.

3. Las funciones inspectoras no podrán ser ejercidas por personas que gestionen, que sean propietarias o que tengan intereses económicos en las entidades, en los servicios o en los establecimientos de servicios sociales que inspeccionen.

11. Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros:

Artículo 50. Inspección y control.

1. Con independencia de las competencias que la legislación atribuye a la autoridad judicial, el Cuerpo Nacional de Policía, a través de sus unidades propias, podrá efectuar las inspecciones de los centros y de su personal que considere necesarias para garantizar el eficaz cumplimiento de sus funciones. Sin perjuicio de lo anterior, la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad de la Secretaría de Estado de Seguridad adoptará asimismo los planes oportunos para la inspección sistemática de los centros.

<http://www.lavanguardia.com/politica/20120430/54287852086/ong-rechazan-nuevo-reglamento-cie.html>.

12. El establecimiento de planes de inspección permite sistematizar y detectar situaciones irregulares: http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/aragon/dga-notifica-sancion-cierre-otras-dos-residencias-mas_1181331.html.

de garantizar un control del cumplimiento de las condiciones de funcionamiento y los derechos de los usuarios. Así por ejemplo en materia de protección a menores, los servicios de atención a menores debidamente autorizados y acreditados deben ser objeto de una inspección semestral (art. 21 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) o la legislación vasca de servicios sociales ordena al menos una inspección anual (art. 50 Decreto 40/1998, de 10 de marzo, por el que se regula la autorización, registro, homologación e inspección de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco). También sería precisa una planificación de esta actividad de inspección para garantizar su carácter sistemático¹³.

Un elemento de garantía suplementaria de los derechos de las personas vulnerables puede venir de previsiones que faculten de forma complementaria a otras autoridades o entidades a realizar una labor de vigilancia o supervisión encaminada a reforzar el respeto de la legalidad y los derechos de las personas. Esta es la fórmula que establece, por ejemplo, el art.21 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor «el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores». También como consecuencia de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores se incluye (art. 56) entre los derechos de los menores internados el «i) Derecho a comunicarse reservadamente con sus letrados, con el Juez de Menores competente, con el Ministerio Fiscal y con los servicios de Inspección de centros de internamiento». El Ministerio Fiscal, de hecho, ha establecido un Protocolo para realizar estas inspecciones y contempla previsiones específicas para coordinarse y disponer de acceso a las actas de inspección administrativas¹⁴.

En el caso de los extranjeros en centros de internamiento se indica que «en todo caso, se facilitará la labor encomendada a los organismos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos con competencias propias para la visita e inspección de los centros»(art. 50.2, Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento

13. DECRETO 254/2011, de 23 de diciembre, por el que se regula el régimen de registro, autorización, acreditación e inspección de servicios sociales en Galicia

Artículo 42. Planificación de la actividad de la inspección.

1. La actividad inspectora se organiza de conformidad con las directrices y con las prioridades acordadas en el Plan Anual de Inspección aprobado por el/la titular de la consejería competente en materia de servicios sociales.
2. El plan de inspección fijará los objetivos anuales de la unidad en relación con los servicios existentes en el momento en el que se elabore. Además recogerá los datos referidos al año anterior y evaluará el grado de cumplimiento de la planificación realizada.

14. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MN_Protocolo_visitas_centros_internamiento.pdf?idFile=dffc8ac3-aaae-4a33-ba92-d8f2cbf69caf.

de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros). No obstante, esas visitas se han encontrado con obstáculos continuados precisando recurrir a los juzgados para garantizar su efectividad¹⁵. La visita de ONGs constituye en un remedio para la «situación de especial vulnerabilidad y aislamiento» de estas personas por el que pueden prestar asistencia jurídica, médica o incluso canalizar quejas y que precisa de un régimen de visitas y comunicación que no impida esta función «equiparable al de los abogados» sin restricciones horarias o de duración o una configuración de los espacios (mamparas separadoras...) de naturaleza penitenciaria puesto que esta no es la finalidad de estos centros¹⁶.

Más dudas genera la efectividad de medidas como las consistentes en tener a disposición de los usuarios libros de reclamaciones como forma de poner en conocimiento de los servicios de inspección incumplimiento¹⁷. Tanto por circunstancias personales (discapacidades intelectuales o físicas, carencias de formación, barreras lingüísticas...), como por una eventual conexión entre los órganos inspectores y los de gestión de los centros o por un acceso a estos libros de personas que puedan tener relación con las quejas expuestas, no parecen un modo especialmente eficaz para poner en conocimiento de la Administración y activar los servicios

15. Sobre el internamiento de inmigrantes en situación irregular vid. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Protección legal de los inmigrantes en situación irregular», en VALVIDARES SUÁREZ, M.L., *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad*, Ediuno, 2016.

16. Auto de 13 de enero de 2011 del Juzgado de Instrucción nº6 de Madrid en funciones de control jurisdiccional del CIE <http://oeda.es/documentos/AUTO%20CIE,%20control%20judicial,%20acceso%20ONGs.pdf>. En parecidos términos un Auto del Juzgado de Instrucción nº1 y17 de Barcelona de 15 de enero de 2014 ordena retirar las mamparas que separaban las salas de comunicaciones permitiendo el contacto físico y el carácter confidencial de las conversaciones, amplía los horarios de visitas, ordena la instalación de un sistema de duchas que permita una adecuada higiene y «la regulación de la temperatura» y dispone que no se puede limitar arbitrariamente la visita de ONGs imponiendo una lista cerrada de personas autorizadas debiendo permitirse la entrada a quien presente un certificado de la ONG. Y también <http://www.europapress.es/catalunya/noticia-dos-juzgados-barcelona-eliminan-restricciones-cie-letrados-ong-20130628150205.html>.

17. DECRETO 329/2005, de 28 de julio, por el que se regulan los centros de menores y los centros de atención a la infancia de Galicia .

Artículo 6º.-Libros de registro y de reclamaciones.

Los libros de registro de usuarios y de reclamaciones, regulados en los apartados c) y d) del artículo 7.1.2 del Decreto 243/1995, de 28 de julio, estarán constituidos por hojas encuadradas y numeradas.

En el libro de registro de usuarios deberán constar por lo menos los siguientes datos: nombre y apellidos, fecha de alta, incidencias, fecha de baja y causa.

El libro de reclamaciones estará a disposición de los usuarios/as y será diligenciado por la dirección general competente en materia de familia una vez concedido el permiso de actividades del centro. En sus hojas deberán figurar los apartados necesarios para identificar a la persona que realiza la reclamación, su fecha y objeto y el centro afectado por ella.

de inspección en algunas de las actividades indicadas en casos conflictivos. Distinto sería si esta previsión se acompaña, como hacen algunas leyes de algunas cautelas complementarias de tipo lingüístico («en un idioma que entiendan»); informativo (recepción de información escrita o por cualquier otro medio adecuado cuando ingresan en los centros) y de confidencialidad («podrán formular...en sobre abierto o cerrado») que aún pueden ser insuficientes pero atacan algunos de los problemas señalados¹⁸.

V. Conclusiones

La inspección de los vulnerables tiene una alarmante insuficiencia de medios y una regulación fragmentaria con serios problemas de garantía de la protección de derechos fundamentales. Razones de edad, lingüísticas, de procedencia social o impedimentos físicos colocan a estas personas en una posición de debilidad frente a ataques a derechos fundamentales (dignidad, educación, integridad física...) y derechos como usuarios de servicios.

La normativa de servicios sociales y los pliegos de cláusulas de contratación cuando los servicios se externalizan deben explicitar los mecanismos de control fijando indicadores de cumplimiento, periodicidad de las inspecciones y medidas específicas que atiendan a la especial vulnerabilidad

18. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores Artículo 58. Información y reclamaciones.

1. Los menores recibirán, a su ingreso en el centro, información escrita sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en el que se encuentran, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. La información se les facilitará en un idioma que entiendan. A los que tengan cualquier género de dificultad para comprender el contenido de esta información se les explicará por otro medio adecuado.
2. Todos los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, en sobre abierto o cerrado, peticiones y quejas a la entidad pública sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento. Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al Director del centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la entidad pública o autoridades competentes, en caso contrario.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Artículo 62 quáter. Información y reclamaciones.

1. Los extranjeros recibirán a su ingreso en el centro información escrita sobre sus derechos y obligaciones, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones o quejas. La información se les facilitará en un idioma que entiendan.
2. Los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento.

Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al director del centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la autoridad competente, en caso contrario.

de estas personas. Para ello también es crucial la dotación de medios de las estructuras de inspección y una configuración orgánica que vele por su imparcialidad y formación. La dificultad de conocer -consultando, por ejemplo, los portales de transparencia- la composición y número de efectivos de los servicios de inspección administrativa, el número de inspecciones efectuadas, las irregularidades detectadas y las sanciones impuestas, es una muestra de la debilidad en que se mueve esta actividad. En un contexto de privatización creciente de la gestión de los servicios ligados al bienestar es necesario reforzar la regulación y composición de los servicios de inspección en estos ámbitos y asegurar las funciones de los Defensores del Pueblo para que puedan actuar en defensa de los derechos de los usuarios de servicios sociales sean estos gestionados directa o indirectamente.

Bibliografía

- AGUADO CUDOLA, V. (2012). «El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales» en A. Ezquerro Huerva (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*. Barcelona: Atelier.
- AYMERICH CANO, C. (2013). «Crisis económica y contratación pública», en J. Pernas (Dir.), *Contratación pública estratégica*. Madrid: Aranzadi.
- BERNAL BLAY, M. A. (2008). «Contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público». *Revista Aragonesa de Administración pública*, n.º Extra 10, 211-252.
- CANALS ATMELLER, D. (2003), *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: (control, inspección y certificación*, Comares.
- Comisión Nacional de la Competencia (2013). *Aplicación de la guía de contratación y competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España* (en línea). <http://goo.gl/5dUL6l>.
- Council of Europe (2010). *Human rights and business*. Report Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Holger HAIBACH, Germany, Group of the European People's Party, Doc. 12361 (en línea). <http://www.assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=12594&lang=EN>, 27 september.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Protección legal de los inmigrantes en situación irregular», en VALVIDARES SUÁREZ, M.L., *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad*, Ediuno, 2016.
- ESTEVE PARDO, J. (2013), *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, 2013
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2002), *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares.
- GALÁN GALÁN, A., PRIETO ROMERO, C. (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades colaboradoras de la Administración*, Huygens, 2010.

- GARCIA URETA, A. (2006), *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons.
- GIMENO FELIÚ, J.M., (2014), El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia, Aranzadi.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2015), «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista española de Derecho europeo*, octubre-diciembre.
- LASAGABASTER, I., (2004), *Las relaciones de sujeción especial*, IVAP-Civitas.
- LESMES, S. (2013), Clausulas para la igualdad de mujeres y hombres en contratos, subvenciones y convenios públicos, Vitoria-Gasteiz: EMAKUNDE - Instituto vasco de la mujer.
- DIZ, I., NOGUEIRA, A. (2017). «Las cláusulas sociales en la contratación pública: ¿Escudo contra los recortes de derechos sociales?» *Revista Española de Sociología*, 26 (3 Supl.).
- PADRÓS REIG, C. (2001), *Actividad administrativa y entidades colaboradoras: especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su Régimen jurídico*, Tecnos.
- RIVERO ORTEGA, R. (2000), *El Estado vigilante*, Tecnos.
- REBOLLO PUIG, M. (2013), «La actividad inspectora», en DIEZ SÁNCHEZ, J., *La función inspectora*, AEPDA-INAP.
- REBOLLO PUIG, (2014,b), «El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales», en SORIANO GARCIA (dir.), *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012), «Discriminación positiva por razón de género y adjudicación de contratos públicos», *Justicia Administrativa*, nº58.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2002), *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho*, Tirant lo Blanch.

La protecció del medi natural; l'evolució del concepte i la motivació del benestar

Text de:
Dr. Fernando de Rojas Martínez-Parets
Professor Àrea de Dret Administratiu UMH d'Elx

SUMARI: I. CONNEXIÓ ENTRE BENESTAR I CONSERVACIÓ DEL MEDI NATURAL II. LA PROTECCIÓ DE LA NATURA EN EL SEU INICI 1. La idea de protegir espais naturals 2. Una motivació nacionalista 3. L'adopció del sistema de parcs en Espanya 4. La motivació del benestar humà III. LA MOTIVACIÓ DEL GAUDIR I L'ÚS PÚBLIC ENTRE D'ALTRES DE PROTECCIÓ 1. Santuaris de la Natura 2. Els fins: la conservació, gaudir públic i objectius socioeconòmics 2.1. El desenvolupament socioeconòmic 2.2. La finalitat del gaudir públic 3. La prevalença del dret al medi natural respecte d'altres propis del benestar humà en la Directiva 92/43.

I. Connexió entre benestar i conservació del medi natural

Si ens atenem a l'article 45 de la Constitució, aquell relatiu a la protecció del medi ambient, haurem de donar per consolidada la interpretació de que este comprèn també en la seua concepció mateixa a aquells elements que conformen la biota, és a dir, la fauna i flora, els processos ecològics, la part viva i orgànica del planeta.¹

1. Així ho estableix també MARTÍN MATEO, R. en la seua obra fonamental i bàsica del Dret Ambiental després de plantejar-se durant un temps que es llimitara el concepte als tres elements bàsics aigua, sòl i aire. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. III, particularment en la seua introducció i en el capítol XXVII.

La idea de que el dret a un medi ambient adequat s'estén a la protecció de la Natura es troba perfectament còmoda amb la interpretació de l'ambient que fa el Tribunal Constitucional que el pren com «el conjunt de circumstàncies físiques, culturals, econòmiques i socials que envolten a les persones, oferint-les un conjunt de possibilitats per fer la seua vida» (STC 102/1995, F.J.4).

La connexió, per tant, entre dret a un medi ambient i benestar resta palesa, és necessari tant que les persones puguen desenvolupar una vida digna i això comporte gaudir d'un medi adequat, com que la protecció i conservació del medi natural siga considerada part d'esta obligació i d'este dret: «Tots tenen el dret a gaudir d'un medi ambient adequat per al desenvolupament de la persona, així com el deure de conservar-lo» (article 45.1 de la Constitució).

Obviament, conservar i preservar implica limitacions, impedir altres usos i regular la possibilitat de gaudir i explotar la Natura. No ens haurà d'estranyar, per tant, que uns drets i altres entren en conflicte, ni que les regulacions protectores i conservacionistes hagen de tindre en compte els objectius de benestar, ús públic, del gaudir i ordenar les activitats, però també garantir-les i adreçar la conservació i les polítiques públiques de preservació del medi a assegurar la consecució del benestar de les persones, tant dels propietaris i habitants de les zones protegides com dels que les visiten o necessiten per poder realitzar el seu dret a l'ambient.

Sense ànim exhaustiu recordarem ací, en canvi, que la protecció dels primers espais no vingué inspirada per estes motivacions, i que hui el repte de conservar el planeta, greument ferit, ens ha de dur a fer prevaldre en ocasions els objectius de conservació sobre altres que són més propis de l'ús, gaudir i lliure fruit de la Natura sense entrebancs.

II. La protecció de la natura en el seu inici

1. La idea de protegir espais naturals

Podríem pensar que amb el primer lloc natural protegit es va inaugurar la fita de la protecció de la Natura, no és així. La idea de la protecció de la Natura no va ser motivació inicial de conservació d'un espai o element.

Allò que primer ens hem trobat ha sigut la singularització d'un territori definit respecte a la resta i l'aplicació a este d'un règim apartat del comú, curiosament però, això no era sinònim de voluntat de protecció ambiental, com tampoc la conservació d'un espai equivalia a una estratègia d'ordenació i protecció del medi natural, o al menys només de forma molt limitada, mentre que, per contra, paradoxalment, difícilment se pot

donar una protecció que no contemple en algun punt espais estrictament declarats i amb règim de conservació. Ho entendrem tot seguit.

El primer espai natural protegit de la història no sabem ben bé a on situar-lo, encara que jo m'incline per Àsia, com vaig apuntar (no amb massa convicció) en la meua tesi doctoral arran una referència al llac de Perayar en l'estat hindú de Kerala fa vora un miler d'anys², la qual cosa compatibilitzaria prou amb una mentalitat d'estima i respecte per la Natura que ja en el 250 A.C. dugué a l'emperador indi Asoka a gravar en pedra unes obligacions ètiques cap a animals, boscs i aigües. Deia que apuntava la tesi asiàtica amb una convicció molt justeta per que no havia trobat massa fonts al respecte³, però el fet, la fita, s'assenta prou be amb la concepció budista i dhàrmica que no tant en les abrahàmiques o religions del Llibre; així, en la prèdica de Gautama Buda al parc de Sarnath o els textos védics de Atharva Veda se fa proselitisme de curar de la Natura,⁴ encara que -com explicava Martín Mateo- al principi bíblic de domini de l'home sobre la Creació, menys compassiu, també se'l poden contraposar els testimonis d'amor i protecció dels éssers vius de Sant Francesc d'Asís⁵ i tot quedaria prou equilibrat.

Si ens remuntem a Europa la reserva de la qual podríem prendre referència de conservació és la polonesa de Bialowieza el 1589⁶, hui precisament parc nacional, encara que sempre hi hagueren reserves de cacera de nobles i reis.

M'agrada particularment rememorar el relançament de les Ciències en el segle XVIII i amb elles també d'exploracions i grans viatges, perquè sense eixe revulsiu il·lustrat segurament no hauríem arribat a destruir el nostre Medi Natural, transformant-lo, traent-li profits, però per altra banda tampoc no hauríem arribat a entendre-lo, descobrir-lo ni estimar-lo com a suport essencial, en una paradoxa de destrucció-preservació que malauradament ens dóna hui un balanç gens equitatiu. Les aportacions

2. Diccionario Universal Enciclopédico. Vol. VI. Astort Hermanos Editores. Madrid, 1876. Pg. 321. DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, F. *El sistema de protección de espacios naturales. Cuestiones jurídicas y de gestión*. UA i UMH, 2004. Pg. 247.

3. ERICE, F. Revista *Todo es Historia*, N° 427. Edición especial dedicada a los parques nacionales. Buenos Aires, 2003.

4. En torn a este tema també referim ODUM, E. *Ecologia. Peligra la Vida*. Ediciones B. 1995 Pg. 248.

5. MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I. Ed. Trivium. Madrid, 1991. Pg. 14.

6. KRASINSKA, M. KRASINSKI, Z. *European Bison. The Nature Monograph*. Ed. Springer, 2013. Pg. 51.

científiques, però fins i tots socials, populars, de Humboldt o Ritter, que es contenen en obres com *Geografia d'acord amb la Natura i la Història Humana* o *Cosmos*, el viatge de Darwin preparant *l'Origen de les espècies* es convertien en el best-sellers del moment, en els reptes de les classes benestants britàniques i europees.

Espanya no va ser en aquell nou univers un lloc d'avantguarda, ara bé, també ací hi hagué moviment, ments inquietes, afanys, sobretot en Catalunya, a on alenava amb més claror l'esperit europeu i occidental, fruit d'eixa espenta es fa, per exemple, la Institució Catalana d'Història Natural de 1899 que segueix el camí de la prestigiosa Societat Espanyola d'Història Natural, fundada el 1871. Totes dos ens volen recordar les societats científiques i geogràfiques britàniques, de gestes memorables com la de Livingston, el descobriment de les fonts del Nil i les cascades Victòria o l'expedició a través de tota la indòmita Àfrica; de diverses latituds de la geografia hispana, també de les nostres terres valencianes, venen algun dels noms d'estudiosos de la Natura d'aquell temps entre els qui hi havien Cabrera, Sala Català, Arévalo, Cuatrecasas, Vilanova, Hernández-Pacheco, Estevan, Calderón, etc⁷. Aquell llegat, aquella nova consideració de la Ciència, però també de la Natura com a protagonista per sí mateixa, i del benestar de les persones mitjançant la relació amb el medi, arribà a finals del segle XIX i inicis del segle XX, i de nou destaca l'europeisme barceloní que es manifestà en els nous ideals higiènics i pedagògics de l'Escola Moderna de Ferrer i Guardia, les propostes conservacionistes de Serra i Pagès al Congrés Internacional de París de 1900, el forestalisme de Puig i Valls i la primera «festa de l'arbre», la primera demanda de creació d'un parc nacional, el de Montserrat, que fou rebutjat pel Govern de l'Estat a favor de Covadonga⁸. No podem oblidar, en un altre marc, la «Institució Libre de Enseñanza» de Sanz del Río⁹, la «Comisaría Regia de Turismo» del marquès de Vega Inclán, la construcció del parador de Gredos, les consideracions sobre l'art i la Natura de Giner de los Ríos¹⁰, els esforços conservacionistes de Francisco Hernández-Pacheco, director del Museu

7. FERNÁNDEZ, Joaquín. *Los parques nacionales españoles*. Organismo Autónomo de Parques Nacionales. Madrid, 1996. Pg. 37 i ss.

8. Eixa relació entre les corrents culturals i educatives i les d'estudi i valoració del medi natural han sigut reflectides per autors com FERNÁNDEZ, Joaquín «El ecologismo español ¿una historia menor? En *Ecologista*, nº 18, 1999. O en el seu llibre *El ecologismo español*. Alianza Editorial. Madrid, 1999. També ho trobem per exemple en *Els espais naturals protegits a Espanya* de LLORENS MARTÍ, V i RODRIGUEZ AIZPIOLEA, J. Edicions Alfons el Magnànim. València, 1991 en l'apartat 2.2 «Corrents de pensament i conservacionisme al segle XIX i principis del XX».

9. DE LA REVILLA, MANUEL. Cartas inéditas de Don Julián Sanz del Río. Madrid, 1914.

10. *Obras Completas de Giner de los Ríos*. La secció tercera, precisament, sobre Art i Natura.

de Ciències Naturals¹¹, el moviment escolta de Rosselló i després el de Iradier i Cuyàs, en definitiva tot un llarg pensament, una sensibilitat, que arrasa per la península, entrant de nord cap a sud, agranant el dur immobilitisme i la tradició carpetovetònica per una nova interpretació del camp, del medi natural i del ser humà.

2. Una motivació nacionalista

És acceptat i qüestionat admesa que el primer parc nacional és el de Yellowstone, als Estats Units d'Amèrica. Res que supose un desviament dels antecedents abans mostrats: pensem que els Estats Units va ser fundat, precisament, al caliu d'aquelles exploracions i passions científiques, de les doctrines il·lustrades i naturalistes¹², i que el nou país naix amb un esperit de conquesta de la Natura i d'un gran territori que vol des d'inici dominar.¹³

Tot passant la Guerra Civil americana, el Govern Federal va procurar finalitzar l'extensió de la frontera cap a l'Oest i que es consolidaren els assentaments de colons, això va significar desplaçar tribus índies senceres i exterminar els búfals que pasturaven per amplis espais verges. En 1850 prop del 80% del territori dels Estats Units era propietat governamental, sobretot degut a la conquesta de l'Oest, mitjançant heroïques caravanes i el sacrifici de colons, un procés a on no mancà, com hem dit, l'aventura però tampoc la matança d'indis i de búfals. En 1890 es dona per tancat oficialment el territori de frontera.¹⁴ El 1900 més de la meitat de les terres públiques han sigut ja venudes a baix preu a grans interessos i companyies.¹⁵

Entre 1832 i 1870 escomençaren a alçar-se veus advertint del ritme predador i del poc respecte cap a indrets naturals de gran vàlua. En 1872,

11. FERNÁNDEZ, J. «El ecologismo español ¿Una historia menor?». Op.cit.

12. JONES, Maldwyn. *Historia de los Estados Unidos. 1607-1992*. Oxford University Press. Edit. Cátedra. Madrid, 1996.

13. Una anècdota pot il·lustrar eixe moment i eixe esperit indòmit, de frontera: en la Vall de Sacramento, Califòrnia, un deixeble de Rousseau, John August Sutter, va fundar una colònia inspirada en els principis filosòfics socialistes anomenada New Helvetia. Ací no hi havien ni rics ni pobres, acunyaren una moneda pròpia i distribuïren les terres entre colons europeus. Un matí de 1848 un tal Marshall va descobrir or a l'entorn i una psicosis de riquesa i guany explotà acabant amb tots els postulats de Sutter donant pas a la «febre de l'or».

14. GARCÍA CANTERO, C. *Estados Unidos; de la Independencia a la Primera Guerra Mundial*. Edit. Akal. Madrid, 1988.

15. De TYLER MILLER, G. En *Ecología y Medio Ambiente* vore, «Vision histórica del uso y conservación de los recursos y la protección ambiental en Estados Unidos» Editorial Iberoamericana. México, D.F., 1994.

baix la presidència de Ulysses S. Grant, es declarà el primer parc nacional del món, el de Yellowstone en Wyoming, al cor de les Rocalloses i sent el seu vigilant i protector l'exèrcit de cavalleria. Una de les motivacions primeres va ser protegir símbols, elements, que en substitució de castells, catedrals i palaus, representaren al nou país, la seua grandiositat. És en aquells temps que podem reconèixer els primers personatges significats del conservacionisme americà, com el periodiste i naturaliste escocès John Muir¹⁶, gràcies al qual i amb col·laboració de l'editor Robert Underwood Johnson, es crearen poc després tres nous parcs en 1890 (Yosemite, Sequoia, General Grant).

Ara bé, Muir no va ser un cas aïllat, altres noms també representen molt bé el nou esperit d'apreciació de la Natura, de defensa del patrimoni que suposa el territori verge en sí mateix: Gifford Pinchot, George Catlin, Horace Greeley, Ralph Waldo Emerson, Frederick Olmstead, Charles Eliot, Henry Thoreau, George Perkin Marsh, David Brower i molts ciutadans i publicacions o grups que s'enfrontaren a la concepció utilitarista d'altres per protegir i evitar la explotació de molts indrets recentement incorporats a la vida del nou país.¹⁷ És justament encetant-se el segle XX que Muir embarca al president Theodore Roosevelt, ja *per se* amant de la Natura i de la vida campestre, a uns dies en Yosemite i entorns, jornades de les que se diu que decanten el manat presidencial a favor del conservacionisme.¹⁸ L'acció en defensa de la preservació del medi natural del reconegut president va aparellar-se amb la tasca federal de Gifford Pinchot per establir un sistema de conservació als Estats Units.¹⁹

3. L'adopció del sistema de parcs en Espanya

Una vegada declarat el parc nacional de Yellowstone va córrer l'exemple, de manera que el 1879 es va fer la Royal Reserve en Austràlia, i tot seguit Banff en Canadà, Sabie Game Reserve en Sudàfrica, Tongariro en Nova Zelanda, però no només al món anglosaxó, també a Europa hi hagueren

16. Nascut el 21 d'abril de 1838 a Dunbar (Escòcia), Muir és el més prestigiós i efectiu conservacionista dels Estats Units. El seu nom està majorment vinculat a Yosemite Valley, una meravella natural i geològica. A més va ser fundador del Sierra Club, la major associació pionera de Nord Amèrica sobre la Natura.

17. «Vision histórica del uso y conservación de los recursos y la protección ambiental en Estados Unidos» Editorial Iberoamericana. Mèxic, D.F., 1994. Op.cit.

18. MONTAGU, J.Y. *El Oeste Americano. Los parques nacionales*. Evergreen Locteam. Barcelona, 1998.

19. De *Ecología y Medio Ambiente*. Op.cit. Pg. 46.

països avançats en esta matèria, així Suècia, Suïssa, Itàlia i al món esclau a Rússia.²⁰

Espanya no va quedar, esta volta, endarrerida quant al seu primer parc. Com ja hem assenyalat abans, la pròpia dinàmica d'avantguarda de Catalunya i tota la seua contribució científica i proteccionista fan entendre que la primera demanda de la qual tenim constància d'un parc nacional la fa la societat cívica La Ciudad Jardín, que amb motiu del III Congrés Excursionista demana en 1914 una sèrie de protecció de boscs i el seu primer parc nacional, com reconeix també Pidal en el seu discurs de 14 de juny de 1916 en què es va propondre la primera llei de parcs²¹. En qualsevol cas l'aspiració catalana no va trobar recolzament a l'Estat i l'honor d'instaurar els parcs nacionals a Espanya li va cabre a En Pedro Pidal Bernaldo de Quirós, Marqués de Villaviciosa d'Astúries, caçador, poeta i insigne monàrquic, tot just després d'un viatge als Estats Units. Pidal va convèncer al govern que les bondats i representativitat patriòtiques americanes es podien traslladar a les muntanyes ibèriques. Arran la seua ponència defensant la proposició de llei de parcs, Romanones va estimar que, a més del seu aspecte simbòlic, el gest legal era interessant per a aturar la destrucció forestal, així que finalment, sent ministre d'agricultura i foment Rafael Gasset, fou aprovada el 7 de desembre de 1916.

El primer parc nacional declarat va ser el de la muntanya de Covadonga, el 22 de juliol de 1918. Adés, la mateixa idea de parc semblava aparellada a una muntanya, boscs, símbols nacionals, és per això que Alfons XIII inaugura l'espai: Covadonga és lloc tel·lúric, d'aparició de la Verge, d'inici de la reconquesta castellana, lloc de pelegrina, triomf d'En Pelayo. Pensar en una conscienciació «ecologista» o fins i tot creure que en certes persones que recolzaren la llei de parcs hi havia una clara vocació «naturalista» és anar massa lluny, no oblidem que el mateix any que es declarà Covadonga es va aprovar la llei de Dessecament i Sanejament de marjals i marenys, coneguda com llei Cambó. Es protegien indrets muntanyencs i simbòlics, referents típics de grandiositat, ja està. El 16 d'agost del mateix any es va declarar el pirinenc parc nacional d'Ordesa, un lloc que causava l'admiració de Lucien Briet, Lucas Mallada o Soler i Santaló, que espentaren la seua protecció. Amb això s'aturà per molt de temps la impulsió conservacionista dels parcs, la qual cosa ens hauria de deixar més clares encara les motivacions prevalents.

20. Suècia en 1909 va crear els espais protegits de Sarek, Stora Sjöfallet i Abisko, Itàlia Grand Paradiso, l'Argentina Iguazú; a la vella Rússia i països d'entorn Assania Nova en Ucraïna, Montsala en Letonia, Dekhi en Geòrgia, Bargaiza, Kedrovaia, etc.

21. FERNÁNDEZ, J. PRADAS, R. *Los parques nacionales españoles. Una aproximación histórica*. Edita Organismo Autónomo de Parques Nacionales. Madrid, 1996. Pg. 31.

4. La motivació del benestar humà

Les coses han d'entendre's sempre en el seu context i no és esta ocasió diferent. La idea d'ecologia que naix tímidament en el segle XVIII i que escomença el seu període inicial alhora que lluminós amb Buffon, Humboldt, Darwin, Haeckel o Spencer, ha de superar nombroses polèmiques i prevencions inversemblants durant dècades i dècades. Pensem que encara estem assimilant conceptes que ens resulten vitals. No és, per tant, gens estrany que les motivacions d'inici que donen caliu a les primeres proteccions es basen majorment en motivacions paisatgístiques, simbòliques, que, a més a més, resulten importants i lícites, gens menyspreables. Que la ecologia passe a ser motiu imperant, que del concepte naturalista quasi aventurer o una mica naïf dels primers nord-americans arribem a la ciència de la protecció i racionalització del medi, és una qüestió que tarda un temps i uns anys en la història.

Ara bé, he deixat a banda una altra línia de pensament que va confluïr i convergir de manera extraordinària amb esta que ens du fins els inicis de la protecció natural i que és pròpia del benestar dels individus. Efectivament, krausisme i higienisme, la preocupació per la salut social, la necessitat moral de retrobar-se en el medi i no restar abandonats a un maquinisme i industrialisme devorador d'espais, de matèries primeres i d'éssers humans, va fer camí tot plegat amb els afanys proteccionistes.

Llegir a Herbert Spencer –i tinc la fortuna de dispondre a la meua biblioteca de l'obra completa el *Universo Social*²²– és llegir sobre medi, natura, normes de conducta modernes i racionals i sobre tot dignificació de l'ésser humà, de manera que natura i *res pública* se van aparellant poc a poc. El panenteisme impulsa la consideració pels espais verds, sans, per l'adopció de modes de vida correctes i la preservació natural; connecta doncs amb l'higienisme, preocupat per la qualitat de vida dels treballadors, de les ciutats, dels ciutadans en definitiva; un pensament detractor de la secular i pesada tendència contrareformista i ultramuntana espanyola, és per això que estos moviments connectaren sovint entre sí i com ja hem esmentat, es lligaren en major o menor mesura amb el krausisme, que pretén la relació de l'alumne amb la natura i amb la essència mateixa de les coses; és fonamental en esta filosofia un antidogmatisme i un Déu estrany a reglamentacions que s'identifica mitjançant la seua obra, el medi i la ciència.

Tota esta tendència intel·lectual i política va arrelar enmig d'una Espanya vetusta però en la qual este nou humanisme d'inspiració naturalista prengué força entre 1868 i 1936, amb notables testimonis. Així, les

22. Traduïda i adaptada per Salvador Santpere i Miquel i editada per Barris i Companyia de Barcelona, en 1879.

esmentades idees o semblants, preocupades pel individu i d'un tarannà lliberal, són les que reflectien l'Escola Moderna o la Institución Libre de Enseñanza, que ja havíem tret a estes pàgines. Els noms més notables d'aquell període són prou coneguts: Sanz del Río, Caro Baroja, Blas Infante, Joaquim Xirau, Azcárate, etc.²³ A esta influència i tipus de pensament es referien Bretón i Solé i Massip en la seua obra *El paraíso poseído*²⁴, al parlar del Congrés Internacional de Muntanyisme de Paris de 1900, de les tesis de Serra i Pagès de protecció, restauració i del gaudir públic lliure i ordenat, o el forestalisme popular de Puig i Valls, importador de la festa americana de l'arbre que demana la participació del poble en la vida i conservació naturals.

No és contradictori este pensament i el respectiu posicionament cap a una de les sentències més conegudes del professor López Ramón: la de que la conservació i declaració de parcs naturals i nacionals és una evidència del triomf de la ciutat sobre el camp.²⁵ Estic prou d'acord amb l'afirmació: són els ideals urbans els que s'imposen sobre els rurals, el concepte de l'ús del medi és diferent depenent de si la idea es genera al camp o a la ciutat.

III. La motivació del gaudir i l'ús públic entre d'altres de protecció

1. Santuaris de la Natura

El conservacionisme es planteja des d'inici, des de Yellowstone, la exclusió –en major o menor mesura– de l'establiment humà, i en canvi sí ha compregut sempre el gaudir i esbarjo del públic. La pròpia llei de parcs espanyola, en el seu article segon, preveu la exclusió en general dels usos antròpics i molt més tard, en la Conferència Mundial de Parcs Nacionals de Seattle de 1962, es diu en un to indubtablement més raonable i menys contundent que un parc significa evitar l'explotació i qualsevol tipus de

23. ORTEGA CANTERO, N. «La Institución Libre de Enseñanza y el entendimiento del paisaje madrileño» en *Primeras jornadas de antropología de Madrid* de 1985, publicat per *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, número 6. Pág. 80 i ss. 1986.

24. BRETÓN, V. SOLÉ I MASSIP, J. *El paraíso poseído, la política española de parques naturales (1880-1935)*. Universitat de Barcelona. Barcelona, 1986. 63 pp.

25. En la seua obra *La Conservación de la Naturaleza: los espacios naturales protegidos*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Bolonia, 1980.

mal causat per l'acció humana, que serà –es diu textualment– excepcional. En el Congrés de Yellowstone-Grand Teton de 1972 es ratifica que cal excloure dels parcs «l'explotació i ocupació humanes», en canvi però «es regulen i permeten les visites».

La idea, que no era roïna en sí mateixa, i a la qual cal agrair que ens fera arribar, en moments d'intensa degradació del medi natural, espais immaculats, es trobà amb realitats per exemple de grans espais selvàtics, d'extensions impossibles a Europa i també a llocs costaners, a on eixa exclusió de l'assentament humà i eixa sospita vigilant vers les activitats tradicionals, no es podia sostindre.

El Congrés Mundial de la IUCN celebrat a Caracas en 1992 arriba a la conclusió de que el sistema d'espais naturals protegits no es podia estendre com calia sense admetre la integració de zones rurals i en alguns casos poblacions.

2. Els fins: la conservació, gaudir públic i objectius socioeconòmics

Estes tres finalitats o grups de finalitats van ser classificades per López Ramón i continuen vigents amb les lògiques variacions.²⁶ Jo, sense esmenar ni un rengló vaig insistir i encara ho faig, en que la única imprescindible, primordial, que és motivació i raó de ser de les restants, és la protecció.

2.1. El desenvolupament socioeconòmic

És al medi rural, en tot cas al medi silvestre, a qui li toca carregar en els costals del seu desenvolupament social i econòmic la permanència d'un medi natural que compense l'expansió d'una trama urbana i industrial que és antítesi de conservació i que retribueix malament, de manera insuficient, les servituds de protecció que genera.²⁷

Efectivament, no se pot pregonar una protecció autista de la realitat natural respecte de l'aprofitament econòmic necessari, ara bé, entenc que sempre que ambdós siguem compaginables realment, és a dir, sempre que

26. LÓPEZ RAMÓN, F. *La Conservación de la Naturaleza...* Op.Cit. Pàgs. 97 i ss.

27. LÓPEZ RAMÓN, *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*. Edit. Kronos, Saragossa, 1995. Pàg. 24: «La protección responde a las preocupaciones de una sociedad urbanizada, pero no puede ser llevada a cabo más que en zonas económicamente deprimidas. En tal sentido, los parques nacionales y demás espacios naturales protegidos ponen de manifiesto el triunfo generalizado de la ciudad sobre el campo que caracteriza a las relaciones territoriales contemporáneas. (...) Sería estratégicamente peligroso y materialmente injusto no vincular la protección de espacios naturales al desarrollo de las colectividades directamente afectadas.»

no hi haja –a judici dels estudiosos del medi– una conculcació del medi natural que degrade i evite la continuïtat natural que se pretén protegir.²⁸ La justificació positiva de l'obligació que tots tenim de procurar un desenvolupament econòmic equitatiu, també en concret d'aquells que hi viuen al camp, està a la Constitució de 1978, article 130 a on diu:

1. Els poders econòmics atendran a la modernització i desenvolupament de tots els sectors econòmics i, en particular, de l'agricultura, la ramaderia, la pesca i l'artesania, amb la finalitat d'equiparar el nivell de vida de tots els espanyols.
2. Amb el mateix fi, es dispensarà un tractament especial a les zones de muntanya.

És per això que les polítiques de protecció han de procurar, entre els seus objectius, incloure la qualitat de vida, el desenvolupament i la viabilitat de les zones silvestres i rurals, puix d'una altra manera s'exceptuaria l'aplicació d'este principi constitucional de les zones objecte de protecció naturalista, cosa que en absolut seria admissible.

Des d'un punt de vista axiològic l'article 45 de la pròpia Constitució, el relatiu al medi ambient, també fa esment a les qüestions socioeconòmiques dins la protecció de l'ambient. El Tribunal Constitucional ha fet referència a eixa dimensió de l'ambient que és la qualitat de vida, que ens obliga a lligar les condicions de vida i desenvolupament humans a la preservació ecològica, com podem observar a les sentències 64/1982, 329/1993 i 102/1995, per exemple.²⁹

Esta visió, que sembla insistir molt en una interpretació «de desenvolupament econòmic» com a ingredient bàsic de la qualitat de vida, pot ser modulada per la lectura que a l'efecte fa Castro Simancas³⁰ quan ens recorda que «conservar és salvaguardar» i «preservar els recursos naturals que podem necessitar en el futur», ja que, com ens recorda el mestre del

28. En este aspecte i al voltant de la qüestió a més de López Ramón opina MARTÍNEZ DE PISÓN, E. *La destrucción del paisaje natural en España*. Cuadernos para el diálogo. Madrid, 1972. Pàg. 24. El meu posicionament és més estricte, més garantista de la protecció, m'atenalla i espenta a esta posició més rigurosa que la Natura és un bé limitat, irrepetible, de valor difícilment mesurable, la qual cosa no evita que els drets del propietari, les limitacions, el sosteniment de la comunitat local del lloc a protegir ha de ser compensada.

29. Així en STC 64/1982, F.J.2 se diu que «hi ha que harmonitzar la utilització racional dels recursos amb la protecció de la Natura, tot això per al millor desenvolupament de la persona i per a assegurar una millor qualitat de vida». En STC 329/1993, F.J.4 es fa esment expressiu de la qualitat de vida a què es refereix l'article 45 i un dels elements essencials per a ella és «la protecció d'un medi ambient adequat per a la promoure-la». El Tribunal Constitucional ha vinculat la qualitat de vida «a la dignitat de la persona com valor constitucional trascendent (article 10.1 de la Constitució) perquè cada qual té el dret inalienable d'habitar el seu entorn d'acord amb les seues característiques culturals» (STC 102/1995, F.J. 7).

30. CASTRO SIMANCAS, P.R. «La tensión medio ambiente-desarrollo económico: una perspectiva jurídica» *Revista de Derecho Ambiental*. N° 22. 1999. Pàg. 85.

Dret Ambiental, Martín Mateo, la finalitat prevalent és la protecció i que hi haja un equilibri entre desenvolupament, qualitat de vida i protecció: «el propòsit de corregir o prohibir accions que poden posar en perill l'equilibri dels ecosistemes».³¹

2.2. La finalitat del gaudir públic

No pot pretendre's que l'ús i gaudir públic tinga un paper principal dins de les motivacions i objectius de la conservació, ara bé les lleis d'espais naturals d'una manera o una altra sempre l'han comprés, és així tant en la llei de 1916 com les posteriors, de 1975, 1989 i 2007. De tal manera, per exemple, l'anotació d'Alcubilla de 1916 deia respecte de la llei de parcs «No basten ja, en efecte, els passeigs i parcs urbans, que totes les ciutats han curat de tindre com a llocs d'esbarjo i d'exercici higiènic, sinó que es requereix a més a més que hi hagen parcs nacionals, ço és, grans extensions de terreny dedicats a la higienització i gaudir de la rassa, a on puguen tonificar-se física i moralment els esgotats i exhaurits per la ímproba faena i per respirar contínuament l'aire viciat de les poblacions.» La llei de 1975 diu expressament, article 1.4, que el gaudir públic és una de les finalitats a les quals han de servir els espais naturals. La de 1989, de bona referència, no l'esmenta entre els principis inspiradors de l'article segon, però sí entre les finalitats que pot cobrir un parc o espai protegit en l'article 10.2... i la de 2007 en té referències indirectes, ja que la idea com a principi i motor ha anat minvant en importància, encara que és absurd no reconèixer-la de forma absoluta i evident en tot allò referit a l'ús públic, la formació i la investigació.

I és que com assegura López Ramón, la natura es protegeix per a l'home perquè este «és el destinatari de tota l'activitat estatal»,³² visió esta que pot ser siga modulada i condicionada en un futur, quan el dret de la protecció de la Vida incloga el de la Terra.

Les àrees protegides tenen els seus propis productes: com són el paisatge, el gaudir de la Natura, productes silvestres i naturals, el coneixement del medi i investigació, el turisme alternatiu. És obligació dels poders públics en certa part que estos siguen suficients per a procurar una eixida econòmica i laboral davant una situació material i jurídica que limita de forma extraordinària la propietat en molts més aspectes dels que són normals o habituals en una propietat privada; per la qual cosa, les Administracions han de buscar que la regulació i les condicions materials procuren tant la preservació i manteniment del medi i els seus processos ecològics, com l'ordenació de les activitats, usos i processos que tenen lloc en estos

31. MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. III. En apartat «La gestión racional de los recursos naturales: a) Fundamentos» Pàg. 19.

32. LÓPEZ RAMÓN, F. *La Conservación de la Naturaleza...* Op.cit. Pàg. 106.

espais, com finalment el desenvolupament sostenible, la rendibilitat i el interès legítim dels particulars i de la població implicada i assentada a esta zona.

L'eina primordial per a fer possible esta responsabilitat són tant la planificació com la programació, entenent esta com el desenvolupament de la planificació en el temps i amb uns recursos materials. Especial incidència tenen, en la planificació adreçada a esta finalitat, les «àrees d'ús públic» i les d'activitats i explotació.

És així i ací a on l'urbanita i el públic en general realitza activitats d'esbarjo, de benestar, d'higiene que es deia al segle XIX, de realització i qualitat de vida. D'acord amb tal esquema el turisme rural creix de forma exponencial, els viatges en busca de natura, els esports de muntanya, safaris fotogràfics, busseig, pelegrinatges, coneixement del medi i aprenentatge sobre ecologia, etc.³³ Tots estos models d'ús troben el lloc imprescindible, l'element indispensable, a les zones que respecten el seu destí natural originari i són contribucions essencials del benestar públic, que gaudeix del dret a la Natura, al contacte amb l'ecologia silvestre.

3. La prevalença del dret al medi natural respecte d'altres propis del benestar humà en la Directiva 92/43

Si entenem que la protecció del medi natural es fa (entre d'altres coses, certament) com una consecució actual de la necessitat de gaudir d'un medi adequat i, per tant, que està directament connectat amb el vetllar pel benestar de les persones, dels ciutadans, aleshores serà lògic deduir que defensar el dret al medi natural, el dispondre del contacte amb la Natura i els elements biològics i ecològics, fins i tot el propi sosteniment d'ells, és un element més del benestar ciutadà. D'eixa manera, una de les qüestions a solventar és fins a quin punt este aspecte preval sobre d'altres que són també constitutius del benestar. En eixe sentit concret, per a este anàlisi, una de les normes més importants i interessants de la protecció que condicionen i confronten diferents consideracions entre protecció i benestar ciutadà és la Directiva 92/43.

Com és ben sabut, la Directiva 92/43, coneguda com Directiva Hàbitats, ha teixit una complexa trama de llocs protegits amb multitud de fórmules i solucions, que és la Xarxa Natura 2000.

Resulta important fer constar que la Directiva no pretén establir una xarxa d'espais naturals protegits, sinó una xarxa de protecció, que són dos objectius diferents, si més no la major part d'eixa protecció se pot aconseguir mitjançant les declaracions d'àrees protegides en molts casos, però

33. GREY, F. *Assessing economic benefits of protected areas. First second draft, economist at large and associates*. Melbourne University Press. Melbourne, 1995.

no se pot pregonar que esta fórmula siga el model generalitzable i al que apunta en exclusivitat la Directiva.³⁴

L'objecte declarat per la norma europea és «protegir» espais i espècies amb les mesures que siguen adients, necessàries, i eixes mesures efectivament poden ser la declaració d'un parc, un pla d'ordenació o urbanístic, l'exclusió d'activitats, etc. En definitiva tot el ventall de recursos legals i administratius que poden procurar que una marjal, cultius, una colònia de papallones, un estany o una zona boscosa i la seua fauna i flora siguen preservades, per a lo qual és necessari saber què és efectiu per a eixa preservació, fer una avaluació de les diferents activitats que poden conviure i aplicar la llei corresponent. Ara bé, en que hi ha que complir en la preservació dels hàbitats i espècies marcades la Directiva sí és taxativa, només se pot exceptuar si hi ha motius d'interés públic de primer orde relacionats amb la salut, la seguretat pública o el propi medi ambient, en canvi si es tractaren d'altres raons d'interés diferents es requeriria de la consulta prèvia a la Comissió Europea³⁵.

La Comissió és prou firme i estricta en l'apreciació dels motius que poden excepcionar els objectius de protecció que estableixen els annexos de la Directiva. Hi ha exemples prou expressius d'eixa resistència a admetre raons que alteren l'esquema de protecció de la norma europea.³⁶

El dibuix és, per tant, el de que poden sorgir conflictes entre determinats aspectes de la protecció del medi i altres drets relatius al benestar i als usos i utilitats que afecten a les persones, però que, en tot cas, esta conflictivitat –en el cas de la Directiva Hàbitats–, es soluciona a través de diversos mecanismes: el primer el de que hi ha diferents fórmules i sistemes de protecció en funció dels objectius específics de protecció, amb la qual cosa hi ha que valorar si els objectius de protecció i els altres interessos resten garantits o al menys poden compatibilitzar-se, i en segon lloc que en cas de conflicte el dret de cada un dels casos ha de ser analitzat i avaluat per les instàncies comunitàries.

34. DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, F. *Los espacios naturales protegidos*. Aranzadi. Cizur, Navarra, 2006. Pàg. 82

35. Comissió Europea. Direcció General XI. *Natura 2000. Gestión de nuestro patrimonio*. Oficina de Publicacions Oficials de la Unió Europea. Luxemburg. Pàg. 13

36. Exemple significatiu va ser el plantejat per Finlàndia respecte d'una zona d'aus protegides en les immediacions d'un aeròdrom i la seguretat aèria. *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*. N° 2, 1999. Universitè de Limoges, «Question Écrite E-0104/98 du 30 de janvier à la Comisión»

Bibliografía

- BRETÓN, V. SOLÉ I MASSIP, J. *El paraíso poseído, la política española de parques naturales (1880-1935)*. Universitat de Barcelona. Barcelona, 1986.
- CASTRO SIMANCAS, P.R. «La tensión medio ambiente-desarrollo económico: una perspectiva jurídica» *Revista de Derecho Ambiental*. Nº 22. 1999.
- Comissió Europea. Direcció General XI. *Natura 2000. Gestión de nuestro patrimonio*. Oficina de Publicacions Oficials de la Unió Europea. Luxemburg
- DE LA REVILLA, MANUEL. *Cartas inéditas de Don Julián Sanz del Río*. Madrid, 1914.
- DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, F. *El sistema de protección de espacios naturales. Cuestiones jurídicas y de gestión*. Aranzadi. Cizur, Navarra, 2006
- DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, F. *Los espacios naturales protegidos*. Aranzadi. Cizur, Navarra, 2006
- De TYLER MILLER, G. *Ecología y Medio Ambiente*, «Vision histórica del uso y conservación de los recursos y la protección ambiental en Estados Unidos» Editorial Iberoamericana. México, D.F., 1994.
- Diccionario Universal Enciclopédico. Vol. VI. Astort Hermanos Editores. Madrid, 1876
- ERICE, F. *Revista Todo es Historia*, Nº 427. Edición especial dedicada a los parques nacionales. Buenos Aires, 2003
- FERNÁNDEZ, J. «El ecologismo español ¿una historia menor? En *Ecologista*, nº 18, 1999
- FERNÁNDEZ, J. *El ecologismo español*. Alianza Editorial. Madrid, 1999
- FERNÁNDEZ, J. *Los parques nacionales españoles*. Organismo Autónomo de Parques Nacionales. Madrid, 1996
- FERNÁNDEZ, J. PRADAS, R. *Los parques nacionales españoles. Una aproximación histórica*. Edita Organismo Autónomo de Parques Nacionales. Madrid, 1996.
- GARCÍA CANTERO, C. *Estados Unidos; de la Independencia a la Primera Guerra Mundial*. Edit. Akal. Madrid, 1988.
- GREY, F. *Assessing economic benefits of protected areas. First second draft, economist at large and associates*. Melbourne University Press. Melbourne, 1995
- JONES, Maldwyn. *Historia de los Estados Unidos. 1607-1992*. Oxford University Press. Edit. Càtedra. Madrid, 1996.
- KRASINSKA, M. KRASINSKI, Z. *European Bison. The Nature Monograph*. Ed. Springer, 2013.
- LLORENS MARTÍ, V i RODRIGUEZ AIZPIOLEA, J. *Els espais naturals protegits a Espanya*. Edicions Alfons el Magnànim. València, 1991.

- LÓPEZ RAMÓN, F. *La Conservación de la Naturaleza: los espacios naturales protegidos*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Bolonia, 1980.
- LÓPEZ RAMÓN, *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*. Edit. Kronos, Saragossa, 1995.
- MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I. Ed. Trivium. Madrid, 1991.
- MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. III. Civitas, Madrid.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, E. *La destrucción del paisaje natural en España*. Cuadernos para el diálogo. Madrid, 1972.
- MONTAGU, J.Y. *El Oeste Americano. Los parques nacionales*. Evergreen Locteam. Barcelona, 1998.
- ODUM, E. *Ecología. Peligra la Vida*. Ediciones B. Barcelona, 1995.
- ORTEGA CANTERO, N. «La Institución Libre de Enseñanza y el entendimiento del paisaje madrileño» en *Primeras jornadas de antropología de Madrid* de 1985, publicat per *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, número 6.
- Revue Européene de Droit de l'Environnement. N° 2, 1999. Université de Limoges, «Question Écrite E-0104/98 du 30 de janvier à la Comision»
- SPENCER, H. *Universo Social*. Edit. Barris i Companyia. Barcelona, 1879.

Resum

La protecció de la Natura ha de ser considerada una part més del dret a un medi ambient adequat per als ciutadans, en este sentit és en el què medi ambient i benestar humà es troben fortament entrelaçats. El benestar no va ser motivació primera de les primeres declaracions d'espais protegits, que foren impulsats per altres justificacions, encara que des d'inici podem trobar tot un corrent de pensament i de personatges que lliguen el dret al benestar amb la conservació del medi. Quan finalment el benestar de les persones s'ha fet present en la política de conservació d'àrees protegides ha significat però un difícil equilibri entre allò que necessitem les persones, allò que requereix el medi rural i el medi urbà, allò que significa atendre a objectius seriosos i en certs punts estrictes de tipus ecològic i una missió més compaginable, sostenible i que no margine l'ús humà i el benestar que la vida silvestre procura.

La severa recessió que el medi natural pateix, ens hauria de fer pensar si no hem d'arribar a fer prevaldre els objectius ecològics sobre tots aquells que es refereixen al gaudir i utilització recreativa i fortament antropitzada de certs indrets, al menys en aquells aspectes a on no tinguem clar que sabem i podem posar en marxa un sistema real i científicament sostenible.

Claves de un nuevo pacto de estado para la transformación social¹

Texto de:
Ana Marrades
Profesora C.D. Derecho Constitucional
Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL SISTEMA PATRIARCAL Y LA ASIGNACIÓN DE FUNCIONES Y DE ESPACIOS. II. LAS CONSECUENCIAS DE LA ASIGNACIÓN Y LOS PROBLEMAS PENDIENTES. III LAS CLAVES DE UN NUEVO PACTO DE ESTADO PARA LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL 1. La universalización de la ética del cuidado. 2. La intervención estatal para regular las asimetrías: A) La prostitución en el marco de la violencia de género. B) la gestación subrogada 3. La libertad y sus límites: A) La prostitución. B) La gestación subrogada. IV. CONCLUSIONES.

I. Introducción: El sistema patriarcal y la asignación de funciones y de espacios

Nuestro sistema de organización social y cultural, el que conocemos, en el que organizamos nuestras relaciones sociales, de trabajo, de política, de economía, es un sistema patriarcal, en que la posición de superioridad de los hombres está presente unas veces, otras latente en la estructura de todas las relaciones sociales. El sistema patriarcal se ha servido de las mujeres para las tres funciones esenciales que constituyen el sustrato de toda sociedad: la doméstica, la reproductiva y la sexual. La construcción de los roles atribuidos a los hombres y a las mujeres desde

1. Este artículo ha sido financiado por la Cátedra de Economía Feminista y forma parte del programa de actividades de la Cátedra diseñado para 2017.

los cimientos del pacto constituyente, que tiene su origen en la filosofía ilustrada del siglo XVIII y las declaraciones de derechos del primer constitucionalismo, se basan en una división de los espacios público y doméstico (privado). A los hombres les fue asignado el primero y las mujeres fueron confinadas al espacio de lo privado, al espacio doméstico. Y en este espacio las mujeres han servido a los hombres para resolver todo lo concerniente a las tareas del hogar y ocuparse de su descendencia, es decir, lo relativo a los cuidados; y todo lo relacionado con las necesidades sexuales y reproductivas del varón.² De ahí se deriva una situación de inferioridad de las mujeres por esa atribución fáctica al espacio privado para que los hombres pudieran ocupar el público, el espacio del poder.

El comienzo de la edad contemporánea fue marcado por la formulación de dos conceptos diferentes de igualdad. El primero de ellos, el liberal, se ha edificado sobre las ideas de libertad y responsabilidad individual. Libertad en todos los ámbitos, especialmente en el relacionado con las actividades económicas en el contexto del mercado. Y responsabilidad sobre las acciones individuales. Esta libertad y esta responsabilidad descargan al Estado en muy buena medida de sus propias responsabilidades con la ciudadanía. Esto es típico de las políticas neoliberales: el recorte de los derechos sociales y el ensanchamiento del mercado, además de no reconocer la existencia de sistemas de dominio al apelar a la responsabilidad individual. Dicho de otro modo, considerar que resulte indiferente de dónde se parta y quién tenga el poder pues el mercado puede regularlo todo. Por el contrario, la idea de igualdad que arranca de Rousseau tiene como objetivo la reducción de la desigualdad económica. De hecho, su teoría será asumida por diversos pensamientos políticos a quienes dotará de una dimensión fuertemente crítica. La igualdad rousseauiana desembocará en una propuesta marcadamente diferente a la liberal: más Estado, más derechos sociales y control sobre el mercado para así evitar el desorden económico y el aumento de la desigualdad. Las teorías más radicales de la democracia apuestan por el individuo como centro de la vida social, pero subrayan que las estructuras de dominio creados por los sectores dominantes debilitan la capacidad de los individuos de constituirse en sujetos políticos. Dicho en otros términos, la noción más crítica de igualdad está en el origen de todos los procesos de ensanchamiento de la democracia y de la humanización de las condiciones de vida de amplios sectores de la sociedad.

Sin embargo, el poderoso y radical principio de igualdad de Rousseau se bloquea cuando ha de ser aplicado a las mujeres. Y lo mismo ocurre con el concepto de igualdad de Locke. Hay que señalar que los dos conceptos de igualdad, el liberal lockeano y el radical rousseauiano, no consideran

2. MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del estado*, Cátedra, Madrid, 1989, p.67.

a las mujeres ni sujetos políticos ni sujetos de razón. En ambas teorías se argumenta que las mujeres son el 'otro' sexo. La idea fundamental es que las mujeres tienen una naturaleza orientada a la domesticidad y alejada de lo público y lo político. Ambas teorías conceptualizan al varón como un ciudadano –con más o menos límites– y a la mujer como una súbdita.³ El estatus que la Ilustración patriarcal, de la que Rousseau es uno de sus principales fundadores⁴, otorga a las mujeres está vinculado al espacio de lo pre-político. Las mujeres deben estar más próximas a la naturaleza para así no entrar en el espacio público-político. El modelo de sociedad que diseña Rousseau, y en general la filosofía ilustrada, está basado en una fuerte distinción entre lo privado-doméstico y lo público-político. La división sexual del trabajo tiene un carácter central en la sociedad del *Contrato social*. La idea que preside el pensamiento social y político de Rousseau es que el ciudadano, como sujeto político, debe ser el eje del nuevo mundo que se está configurando. Sobre esta figura masculina edificará Rousseau el sueño de una plácida y armoniosa sociedad patriarcal⁵. El individuo debe cultivar facultades esenciales de la nueva sociedad democrática y patriarcal que se está configurando: autonomía y dedicación a lo público, además lo público está pensado exclusivamente para el genérico masculino. El espacio público es el ámbito de desarrollo de la humanidad y sociabilidad del varón: el ágora, la asamblea, la política. Según Rosa Cobo, «debe contribuir a la formación de la voluntad general y para ello debe desempeñar una función muy activa: debe asegurarse que la voluntad general se cumpla y no sea suplantada por inicuos intereses de unos pocos». Esta dedicación tan absoluta a lo público-político por parte de los ciudadanos es lo que condiciona el papel que Rousseau otorga a las mujeres. Para que los varones puedan ocuparse del cumplimiento de la voluntad general en la asamblea, las mujeres deben dedicarse a tiempo completo al marco doméstico-familiar, el espacio privado. Por todo ello, el contrato social rousseauiano es patriarcal así como lo es su concepto de democracia, puesto que no sólo excluye radicalmente a las mujeres de la ciudadanía, sino que, además, necesita de su subordinación como condición de posibilidad de la vida democrática.⁶ Por tanto, la asignación de las mujeres al espacio de lo privado-doméstico tiene un carácter

3. PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.

4. COBO, Rosa, *Fundamentos del patriarcado moderno. El pensamiento social y político de Jean-Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995.

5. COBO, Rosa «Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau», en *Avances del Cesor*, Año IX, N° 9, 2012, pág 114.

6. COBO, Rosa, *Fundamentos del patriarcado moderno. El pensamiento social y político de Jean-Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995. Véase capítulo III y «A modo de conclusión».

funcional. Esta funcionalidad es la que obliga a Rousseau a construir una ontología femenina que opere como fuente de legitimación de la exclusión de las mujeres de lo público y de lo político. Es la diferencia con Hobbes⁷ que reconocía la igualdad entre mujeres y hombres, señalando no obstante que la autoridad era masculina, pero no la justificaba en una diferente naturaleza humana, ni se mostraba contrario a reconocer la inteligencia y la capacidad de las mujeres. Es la construcción de una naturaleza diferenciada el origen del problema.

II. Las consecuencias de la asignación y los problemas pendientes

Así hemos estado funcionando durante más de dos siglos. Las mujeres asumieron, pues no les quedaba más remedio⁸ ya que no disponían de poder, una ciudadanía reducida o nula. Con el paso del tiempo, y con el avance del feminismo fueron consolidando derechos, necesarios no sólo para las mujeres como sujetos políticos sino también para el afianzamiento de la Democracia, que no existiría sin la igualdad. Aun así la igualdad que comenzó siendo sólo formal requería para ser auténtica y completar el significado de la democracia, su otra versión, la igualdad real. Ésta fue consolidándose con la aplicación de las políticas públicas de igualdad de

7. En el *Leviatán* Hobbes argumentaba que «Dios ha asignado al hombre una compañera, y siempre habrá dos que son igualmente padres... y aunque algunos han atribuido el dominio al hombre exclusivamente, como poseedor del sexo con mayor relevancia se equivocan en esto» HOBBS, T. *Leviathan*, Edit Alianza Nacional, Madrid, pág.291.

8. Con anterioridad a este momento histórico «cuando la casa era el centro de la actividad productiva, el hecho de que las mujeres trabajaran en ella garantizaba su supremacía, cuando el hogar fue destituido por el mercado como centro productivo, el hecho de que las mujeres trabajasen en la casa garantizaba la supremacía de los Hombres. Aparentemente el paso a la propiedad privada y a la monogamia devaluó el trabajo domestico, es decir, a la mujer. Al quedar devaluado en la Sociedad las mujeres perdieron el poder también en el hogar. «El poder de clase produce también poder de sexo». ¿por qué los Hombres tomaron tal decisión y por qué las mujeres la aceptaron?, se pregunta Mackinnon a propósito de la teoría de Engels y parece ser que el poder de algunos hombres de dominar sobre otros hombres en la producción dio a todos los Hombres el poder sobre todas las mujeres en el hogar». MACKINNON, c. Ob.cit., pág 71 y 72. De todos modos esto tampoco explica por qué eran ellas quienes tenían el domestico. La antropología intuye que la asociación se realizaba por el hecho de que las mujeres gestaban y parían y eso las colocaba más cerca de la naturaleza: «todas las culturas relacionan a la mujer con algo que todas las culturas subestiman: la naturaleza» MOORE, H., *Antropología y feminismo*, Feminismos, Cátedra, Madrid, 1996, pp.28 y 29. Moore sobre Ortner, S., «Is female to male as nature is to culture?», en Rosaldo M. y Lamphere, *Woman, Culture and Society*, pp.67-88, Stanford University Press, Stanford, 1974, p.77.

género⁹ por parte de los ejecutivos, la elaboración de normas igualitarias por parte de los parlamentos, y la labor de los tribunales de justicia que han estado interpretando el principio de igualdad y el derecho a la igualdad para que se ajuste a este fin, es decir la consecución de la igualdad real. Pero lamentablemente tenemos tantas cuestiones pendientes que necesitamos dar un paso más. Para remover los cimientos de este pacto constituyente y poder sentar los fundamentos de uno nuevo¹⁰ basado en la igualdad real y el reconocimiento de las mujeres como sujetos de derechos hay que retomar tres asuntos pendientes, que son aquéllos que definen la esfera privada (lo doméstico, lo sexual y lo reproductivo), que fueron asignados a las mujeres como una función propia pero que tienen ahora actualmente una enorme trascendencia en lo público porque algunas de sus manifestaciones se han convertido en un problema de Estado: las tareas de cuidado en el ámbito doméstico, la violencia de género y sus múltiples manifestaciones como pueda ser la prostitución o la violencia sexual; y la gestación subrogada que aparece como una práctica para colmar las expectativas reproductivas, especialmente de los varones por la búsqueda de descendencia con las mismas características genéticas y, de las mujeres que sufren la presión de demostrar que son capaces de cumplir con la misión de ser madres.

Por eso son problemas pendientes y están siendo objeto de intervención por parte del estado:

1. Las tareas de conciliación y de corresponsabilidad. Los permisos de paternidad suscitan interrogantes sobre si deben ser o no iguales, si deben ser iguales obligatorios o de libre disposición entre la pareja, y por otro lado están los problemas que se derivan de los cuidados de las personas dependientes y cómo afectan a la igualdad y a la estabilidad laboral y profesional de las personas que se ocupan de los cuidados, la mayoría mujeres. Sobre los permisos, hay legislación reciente al respecto y habrá que estudiar su impacto para ver cómo funciona y sugerir propuestas de mejora. En definitiva se trata de extender los valores de cuidado a toda la

9. MARRADES PUIG, Ana «Los ejes centrales de las políticas de igualdad de género desde una perspectiva constitucional», *Constitución y democracia: ayer y hoy*, vol II, Universitas, 2012, pág.2305.

10. Red Feminista de Derecho Constitucional, Biar 2015: la Red Feminista planteó una propuesta de reforma constitucional que se resume en dos aspectos fundamentales: *por un lado, todos los derechos contenidos en la Constitución deben gozar del rango de fundamentales y les corresponden las mismas garantías; y por otro, la constitución deberá reconocer como derechos: el derecho a una vida libre de violencia de género, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral como proyección del libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la participación paritaria de mujeres y hombres en todos los procesos y órganos decisorios y el derecho al trabajo de mujeres y hombres en igualdad de condiciones laborales y económicas quedando prohibida cualquier tipo de discriminación por razón de género.*

sociedad y reasignar la atribución de las funciones atribuidas a mujeres y hombres en virtud de los espacios asignados, se trata de universalizar la ética del cuidado.

2. La violencia de género como problema no resuelto. Tenemos desde 2004 una de las leyes pioneras, más importantes para luchar contra la violencia que se ejerce contra las mujeres, la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tenemos varias instituciones nuevas, diseñadas por la Ley para luchar contra la violencia, tenemos profesionales mejor formados para operar en estos casos, sin embargo el número de mujeres asesinadas y violadas va en aumento. Por otro lado, se plantea la prostitución como un asunto que pertenece a la «libertad de la mujer» y por tanto se cuestiona como manifestación de violencia de género, alegando que más bien se trata de un trabajo o un servicio.
3. La gestación subrogada. A quien le parece una práctica aceptable cree que debe regularse apelando a la libertad de las mujeres para decidir si quieren gestar para ceder al bebé por ellas parido a otra persona o pareja y colmar así sus ansias de ser padres. La regulación de la gestación subrogada está ocupando un lugar relevante en la agenda social y política.

Tanto el gobierno estatal como el autonómico valenciano están trabajando por un «Pacto de estado contra la violencia de género», aunando esfuerzos por erradicar esta lacra. En relación a la gestación subrogada, existe solo una proposición de Ley en estos momentos de Ciudadanos, con una oposición bastante clara por parte del resto de partidos, aunque la sociedad está dividida y también los partidos políticos.

En este mundo «presidido por el cambio», como diría A. Valcárcel¹¹ hay que trasladar los problemas tradicionalmente domésticos al espacio público porque son asunto de toda la sociedad. Sin embargo, todos ellos tienen un denominador común la libre disposición de la mujer para decidir su autonomía. Parece ser que apelando a la libertad (de decidir si cede o no un permiso parental o de cuidado al padre, si decide alquilar su cuerpo o su vientre para un hombre o una pareja, si se somete a las condiciones de los contratos...) el problema desaparece. El mercado lo regula todo sobre la base de la libertad, pero ¿se puede decidir con libertad cuando se está en situación de vulnerabilidad, o en un plano de desigualdad? Ahí es donde creo que debe intervenir el estado, considerando esas situaciones asimétricas, a través de normas que equilibren las desigualdades sociales, a través de pactos contra la violencia, o a través de posturas firmes contra la mercantilización del cuerpo de las personas, en este caso mujeres

11. VALCÁRCCEL, Amelia, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid, 2008, pág.9.

y menores que también se ceden por un precio. Tenemos que decidir qué tipo de sociedad queremos, si queremos que el mercado pueda normalizar cualquier cesión o contrato de compraventa o alquiler, es decir si queremos que sea posible y además legal, vender-comprar un órgano del cuerpo, alquilar-utilizar mediante un contrato laboral o de servicios un cuerpo, una parte del mismo o específicamente un vientre (que no es sólo un vientre pues necesita del cuerpo, un vientre no se puede disociar del cuerpo de una mujer para poder gestar), entonces aceptemos la regulación de estas relaciones «comerciales» y dispongámonos a legislar, hagamos una ley que regule la prostitución y una ley que regule la gestación subrogada. Pero si no queremos que esto llegue a ser legal debemos manifestarnos en contra de una regulación sobre la prostitución y sobre la gestación por sustitución, a menos que sea para prohibirla. De momento en España ambas lo están en cierta forma, aunque lo que existe más bien es una anomia sobre prácticas que se están realizando. La prostitución se permite desde el momento en que solo se castiga al proxeneta pero no al cliente ni por supuesto a quien la ejerce; es decir es una práctica que todos (sociedad, instituciones, autoridades) conocen que se lleva a cabo a diario. La gestación subrogada es una práctica que no se permite por nuestro ordenamiento jurídico porque la Ley de técnicas de reproducción asistida dice que será nulo el contrato celebrado, pero tampoco se prohíbe expresamente¹², y sin embargo, muchas parejas hace tiempo que están acudiendo a la misma en el extranjero con los consiguientes problemas que entraña el hecho de llegar con unos bebés nacidos mediante un contrato de esta índole en el extranjero y querer inscribirlos en España donde no hay ley sobre esta práctica y la única referencia legislativa dispone la nulidad de cualquier contrato para conseguir descendencia por esta vía, ya que la filiación la determina el parto –a no ser que luego se renuncie por los cauces legales, o sea los mecanismos para la adopción–. Las dos prácticas, prostitución y gestación subrogada tienen varios puntos en común: coexisten en nuestro entorno en un clima de anomia, reclaman una intervención por parte del estado en un sentido o en otro: regular –a modo de trabajo o servicio– o abolir, pretenden legitimarse sobre la base de la libertad de las mujeres para decidir, y suelen acudir al recurso del altruismo para suavizar el impacto que produce la mercantilización de las personas y justificarse; y en ambos casos se produce (las mujeres padecen) la disociación para poder soportar el proceso, por eso

12. A pesar de que hay autores que argumentan que no está prohibida ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>, otros explican que la prohibición se deduce de la nulidad del contrato y así hay que interpretarlo. Ver Garrido Mayol, Vicente. Nota nº51.

y por otras razones ambas pueden considerarse manifestaciones de la violencia de género.

III. Las claves de un nuevo pacto de estado para la transformación social

1. La universalización de la ética del cuidado

«Pensar éticamente es pensar en los demás». Esta frase de Victoria Camps¹³ resume muy bien el argumento que defiende como necesario para un pacto constitucional: poner a la persona en el centro, como núcleo fundamental de todas las políticas e intervenciones públicas, «si ese pensamiento queremos que sea una práctica, debe traducirse en medidas de justicia y actitudes de cuidado. Ambas cosas son imprescindibles. Lo único que hace la ética feminista del cuidado es llamar la atención sobre el olvido del cuidado como prescripción ética básica». Camps señala la importancia de rescatar el valor de la ética del cuidado, a veces denostado por parte del feminismo que lo considera potencialmente negativo porque puede entrañar una vuelta a la asignación de los roles y tareas tradicionales de la mujer. La clave está en universalizar esa ética que tiene como fin revalorizar los cuidados, es decir, situar a la persona en el centro de la vida. Como dice Cristina Vega, «la ética del cuidado en sus distintas aproximaciones polémicas, tiene la virtud de haber puesto sobre la mesa la positividad de los cuidados y el reto que plantea su deseada universalización»¹⁴. Cuando Victoria Camps explica que sin actitudes solidarias la justicia no progresa y además, es insuficiente, está pensando en la ética del cuidado como respuesta a la virtud de la solidaridad. La ética de la justicia se dirige a las instituciones sociales y políticas y trata de establecer reglas y normas generales que valgan para todos los ciudadanos. Es una ética distante con respecto al individuo concreto: no puede tener en cuenta vínculos sentimentales y emotivos, y hasta cierto punto así debe ser, el Derecho es o debe ser general y formalista pero a la vez, hay que considerar el contexto en que se aplica. Por eso como argumenta Victoria Camps, «el individuo no sólo necesita instituciones, leyes, procedimientos justos. Necesita también afecto, ayuda, compasión, compañía, cuidado. Los seres más indefensos y vulnerables no sólo reclaman del otro justicia,

13. CAMPS, V. *El siglo de las mujeres*, Cátedra, Madrid, 2003, p.75.

14. VEGA SOLÍS, C. *Culturas del cuidado en transición*, UOC, Barcelona, 2009, pág.92.

también reclaman cercanía, aprecio, amistad»¹⁵. Como también expresa Octavio Salazar, «el cuidado conlleva expresamente un permanente recurso a las emociones, a los afectos, a la empatía»¹⁶. Manuel Atienza ¹⁷ hace referencia al sentimiento de compasión como ingrediente fundamental de la moral pública y de los valores de solidaridad. Dice que para la recuperación de la moral pública se precisa de sentimientos como la compasión que hace posible el discurso moral y los juicios de adscripción de responsabilidad. El pensamiento moral ilustrado y moderno es excesivamente racionalista, no concede importancia al sentimiento, y por eso, como añade Victoria Camps olvida «no sólo un aspecto importantísimo e irrenunciable de la sensibilidad humana, sino los motivos para ser moral»¹⁸.

Este sería, según Victoria Camps, uno de los dos puntos de vista compartidos por las defensoras de la ética del cuidado: que la ética de la justicia no da cuenta de los valores morales que la sociedad necesita, por eso es incompleta. El segundo se refiere a un aspecto más polémico, incluso entre las feministas, como ya se ha visto: la idea de que las mujeres están mejor preparadas que los hombres para prestar cuidado y atención.

«No se trata de propugnar esencias», dice la autora, «ni de postular una naturaleza femenina específicamente cuidadora o cuidada, sino de constatar la existencia de una cultura que no han hecho suya los hombres y, por lo tanto, no ha sido parte de la vida pública sino más bien considerada un estorbo para los comportamientos públicos». El problema ha sido y sigue siendo la importancia atribuida por el pensamiento liberal a los valores autoafirmativos, que son los de autonomía y los de libertad, por encima de los valores altruistas (que son los propios de la esclavi-

15. CAMPS, V., ob.cit., p.74.

16. SALAZAR, O., *Masculinidades y ciudadanía*, Madrid, Dykinson, 2013, p.381.

17. ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Podemos hacer más Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, 2013, p.106 y 107. El capítulo «una lectura moral de la crisis» se refiere al restablecimiento de los sentimientos para que pueda existir una auténtica moral pública y solidaridad. Principalmente a los sentimientos de la compasión por el sufrimiento ajeno y la indignación por el éxito inmerecido y por el abuso de los poderosos sobre las personas más vulnerables. El espíritu de esta obra plantea una crítica al excesivo formalismo que caracteriza al Derecho, alejado de los sentimientos y principios morales, con los que las reglas tienen que conjugarse. Como también ha explicado ATIENZA en «Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica», en *Bioética y nutrición* (2010) eds. Alemany, M. y Bernabeu-Mestre, J. Agua Clara, Universidad de Alicante, p.27: «El derecho es -o debe ser- una prolongación de la moral, un mecanismo para positivizar la ética», por eso no debería prescindir de los principios morales. También en «Juridificar la bioética» en *ISONOMIA*, n.8, 1998, p.82.

18. CAMPS, ob.cit., p.74.

tud)¹⁹, de aquéllas personas vulnerables o en una situación subordinada como han estado las mujeres. Volvemos a la dicotomía entre lo público y lo privado; lo productivo y lo reproductivo, lo «típicamente masculino» y «típicamente femenino». ¿Hay cualidades típicamente femeninas?: Sí y no. No hay cualidades femeninas por Naturaleza, pero sí que hay cualidades típicamente femeninas resultado de una construcción social, que si bien pudieron servir a la ideología liberal en el seno del sistema patriarcal para relegar a las mujeres del ámbito público, son cualidades válidas y positivas por lo que tendrían que hacerse extensibles a los hombres si se quiere construir una sociedad solidaria y justa.

Solidaridad y justicia son complementarias: allí donde la justicia no llega debe llegar el cuidado. Según estas palabras, la autora²⁰ explica que no se trata de reivindicar el valor de lo que las mujeres siempre hicieron sino de hacer ver la falta de ese valor como ingrediente fundamental del discurso ético. Y construye un concepto de ética del cuidado sobre la base de cuatro, al menos, características fundamentales:

Primera: se constituye como un complemento a la ética de la justicia, ya que añade un enfoque particular al abstracto y general.

Segunda: se encuentra en la implicación y el compromiso directo y casi personal con los otros. El amor, el cuidado, la empatía, la compasión conectan con situaciones concretas de la persona necesitada de ayuda.

Tercera: La racionalidad debe tener en cuenta la emotividad, conectando con la idea del restablecimiento de los sentimientos morales de empatía con quienes necesitan ayuda.

Y por último: Es una ética relacional. Más que el deber lo que importa es la relación con las personas. La ley debe aplicarse teniendo en cuenta las situaciones concretas de cada persona. Victoria Camps dice que hay principios y normas pero están al servicio de las personas. Yo añadiría que el Derecho es para las personas, y si no, no tiene sentido, por eso debería fundamentarse sobre la base de esta ética.

Un Derecho más humano apoyado en las emociones²¹ sería el clima donde debería desarrollarse esta nueva ética. No obstante las emociones son subjetivas y a veces la moral es subjetiva, incluso puede derivar de pre-

19. Se refiere Camps aquí a la genealogía de los valores, el descubrimiento de su procedencia debería llevarnos a su rechazo: los valores altruistas como propios de la esclavitud deberían ser condenados sin miramiento...(CAMPS, Ob. Cit, p.75).

20. *Ibidem*, p.76.

21. SALAZAR BENÍTEZ, O. «La enseñanza del derecho constitucional como forma de acción política», *Revista General de Derecho Constitucional*, num.21. 2015. Ver en el apartado IV «reivindicando la emoción».

juicios²². Alcanzar un objetivismo moral es un ideal complejo pero en un Estado constitucional los jueces y juezas deberían aplicar la ley, conjugándola con los principios y los valores de igualdad, libertad y dignidad que fundamentan nuestras constituciones²³. Yo creo que entre esos valores hay que enfatizar la importancia de los valores solidarios y entre ellos están los que han sido considerados «típicamente femeninos».

Creo que hay que insistir en la necesidad de que los valores y las responsabilidades del cuidado, tradicionalmente asignados a las mujeres, se hagan extensivos a los hombres para lograr una sociedad más justa²⁴. A continuación habrá que determinar de qué manera debe hacerse. Irremediablemente depende de la voluntad política. Una voluntad política que deben tener quienes nos representen y quienes dirijan el gobierno y la administración pública que tenga en cuenta la importancia de la educación y la transmisión de los valores solidarios y de todos aquéllos que se han considerado como propios de las mujeres y de la esfera privada. Octavio Salazar²⁵ reclama entre ellos: la gratuidad generosa, el razonamiento práctico, la empatía, la autoridad para la mediación, la visión del detalle y la gestión circular del tiempo como imprescindibles para ser incorporados a la esfera pública y extendidos a todos. Estos son el complemento necesario para una justicia que a veces se manifiesta excesivamente abstraída de los problemas reales y cotidianos.

El problema del desempleo, por ejemplo, que debe conducir también a reorientar las políticas laborales hacia nuevos diseños. Uno de los retos de la crisis actual es justamente el cambio en la concepción del trabajo, una nueva redistribución del trabajo. Si tradicionalmente los hombres se ocupaban del trabajo fuera del ámbito doméstico y las responsabilidades domésticas y familiares recaían en las mujeres exclusivamente, en la actualidad es necesario repartir las tareas del cuidado entre hombres y mujeres porque éstas siguen ocupándose principalmente de las mismas, ya que las mujeres han salido de la esfera privada hacia la pública pero los hombres no han hecho el camino inverso. Por otro lado, hay

22. Imaginemos que la idea de la responsabilidad del cuidado estuviera sesgada por prejuicios contra determinadas personas, por ejemplo, extranjeras, de otras razas... Por eso Victoria Camps habla de «cuidar bien»: hacen falta principios para que el cuidado sea bueno»(ob.cit., p.77).

23. ATIENZA M., *Podemos hacer más*, pp.24-26.

24. Como también destaca el *Overseas Development Institute Report*, en su reciente informe de Marzo de 2016 «Women's work. Mothers, children and the global child crisis» (SAMMAN Emma, PRESLER-MARSHAL, Elizabeth, JONES, Nicola), p.74.

25. SALAZAR BENÍTEZ, O. «La diferencia como principio jurídico-político de una nueva ciudadanía», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, (Ed. PÉREZ ROYO, J., URÍAS MARTÍNEZ, Y CARRASCO DURÁN, M.) Aranzadi, 2006, p.729.

que reorientar el trabajo del cuidado remunerado, pues éste sigue siendo realizado por mujeres.

El otro gran problema, y creo que el Estado (los Estados) no se ha dado cuenta de su magnitud²⁶, ¿quién se va a ocupar de la realización de las tareas del cuidado? Hasta ahora han sido resueltas por las mujeres pero ¿qué ocurrirá cuando se terminen las generaciones de madres y abuelas cuidadoras de los menores y las personas enfermas o dependientes?

Habría que poner mucha atención al análisis que María Ángeles Duran hace del problema relacionando el cuidado con la salud de las personas. En su estudio²⁷ explica que a partir de los sesenta años, aumenta la población con enfermedades crónicas o discapacidades. En España, según datos de Naciones Unidas, los mayores de ochenta años eran el 1% de la población en 1950, el 5% en 2010, y está previsto que sean el 11% en 2050. Si estas cifras se traducen en necesidades de cuidado, los mayores de ochenta años requerían en 1950 el 2% del tiempo destinado al cuidado de toda la población; en 2010 requerían el 10% y en 2050 se estima que requieran el 21%. Entre hoy y el año 2050 el tiempo que cada persona en edad activa tiene que dedicar al cuidado aumentará un 32%, y habrá que detraerlo del tiempo destinado al empleo o aumentar la carga global de trabajo hasta hacerla casi insoportable si no se generan alternativas institucionales a la familia. El esfuerzo per cápita dedicado al cuidado se multiplicará por cuatro, con el agravante de que, si no cambia el modelo tradicional del cuidado, recaerá principalmente sobre una población femenina asimismo envejecida, proporcionalmente más reducida que en otros países.

En nuestro país se da una característica indiscutible, y es que la mujer aparece como proveedora casi exclusiva del «cuidado informal», siendo llamativo el envejecimiento de las mujeres, como resalta María Crespo²⁸. Especialmente el grupo de mujeres entre cincuenta y sesenta años, que podría extenderse a grupos de mujeres más jóvenes, se encuentra en una situación bastante delicada. Por lo general, el grupo de las primeras generaciones de mujeres de clase media que se emanciparon cuando tenían entre veinte y treinta, entraron masivamente en el mercado de trabajo acogándose al

26. El *Overseas Development Institute Report*, (March, 2016) alerta sobre el problema del cuidado e incide en la necesidad de situarlo en el centro de las Agendas políticas, p.44 y 67.

27. Los datos han sido extraídos de su trabajo para el discurso de investidura como Doctora Honoris causa en 2012 por la Universitat de València: *Más allá del dinero: la economía del cuidado*, pp52-55.

28. CRESPO GARRIDO, M. «Familia y dependencia. Nuevas necesidades. Nuevas propuestas», en Lasarte Álvarez, C., *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, 2007, p.447.

«esquema de carrera y familia»²⁹ y ahora se encuentran exprimidas entre el empleo y el cuidado de sus mayores. Sus opciones, a falta de servicios públicos para ello, son ocuparse personalmente o recurrir a la contratación de otras mujeres -normalmente las mujeres inmigrantes- si existen posibilidades económicas que lo permitan, aunque la gestión de lo doméstico en la familia normalmente sigue dependiendo de ellas.

A esto debemos añadir la situación de las mujeres jóvenes que se enfrentan a la encrucijada de ocuparse o no ellas mismas del cuidado de su prole con el consiguiente riesgo que conlleva para el acceso al mercado laboral o el mantenimiento en el mismo. Lo cierto es que muchas ante la tesitura de la falta de recursos públicos, tienen que optar por ocuparse personalmente del cuidado o contratar otra persona, que siempre es otra mujer -asalariada o de la familia, por lo general la abuela-. La reflexión que terminan por hacerse es que si han de contratar a alguien y el salario de esa persona prácticamente es equivalente a su sueldo acaban tomando la decisión de ocuparse ellas personalmente.

Al final llegamos siempre a la conclusión de que el trabajo de las mujeres en el ámbito privado para proveer las condiciones de subsistencia necesarias para la existencia de la dignidad las ha situado a ellas mismas en una posición de desventaja que perjudica su promoción laboral y profesional, y por tanto afecta su dignidad, como explican Asunción Ventura³⁰, y Mar Esquembre³¹. También Eva Martínez incide en la especial relación entre igualdad y dignidad ya que «no hay democracia sin igual dignidad humana e igualdad de derechos de todas las personas, por ejemplo, sin el universal de la igualdad de mujeres y hombres. Ni sin la reducción de desigualdades sociales hasta el punto de hacer posible una digna calidad de vida para toda la población»³². Solo se está en condiciones de ofrecer esta calidad de vida mínima para todas las personas si cambiamos la perspectiva de los cuidados. No pueden seguir siendo exclusivos de las mujeres sino que toda la ciudadanía debe participar y para ello hay que fomentar una cultura de la solidaridad. No solo pensando de modo altruista sino economicista o práctica, pues es una cuestión pendiente del estado resolver quién se ocupará

29. VEGA SOLÍS, C., ob.cit., p.30.

30. VENTURA FRANCH, A. *Las mujeres en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999, p.210.

31. ESQUEMBRE VALDÉS, M. «Una Constitución de todas y todos. La reforma constitucional desde una perspectiva de género», *Gaceta Sindical, reflexión y debate*, nueva etapa nº23, 2014, p.110.

32. MARTÍNEZ SAMPERE, E., «Ciudadanía democrática, voluntad política y estado social», *Igualdad y Democracia: el género como categoría de análisis jurídico*, Valencia, Corts Valencianes, 2014, p.447.

del cuidado de la población con enfermedades crónicas o discapacidades en el futuro próximo. Durán³³ muestra su preocupación por el papel que desempeñará el cuidado en el contrato social que vincula entre sí a todos los ciudadanos y a los ciudadanos con el Estado y las instituciones sociales. Y sugiere un cambio de orientación en la economía y la política que considere el trabajo de cuidado como una actividad productiva, y una nueva sociología que coadyuve a implantar un modelo más justo en el reparto de la carga total del trabajo. También cabe añadir la atención específica a las personas después de la jubilación ante la evolución reciente de nuestra sociedad³⁴, que genera en los poderes públicos la obligación de incrementar la atención prestacional asumiendo nuevas políticas sociales.

Nosotros, los países mediterráneos, nos diferenciamos de los nórdicos, anglosajones o centroeuropeos en que recurrimos al cuidado informal de forma generalizada como estrategia privada de las familias para la prestación de cuidados³⁵. Por cuanto se refiere a la solidaridad familiar, como forma de actuar responsable frente situaciones de necesidad³⁶, no somos demasiado diferentes del resto de países en Europa. La diferencia se explica por razones estructurales como el escaso desarrollo de servicios públicos o la reducida participación laboral femenina, pero también por el singular concepto de familia que caracteriza los países latinos.

En nuestra sociedad, el previsible aumento de personas necesitadas de cuidados, la escasez de servicios públicos para su asistencia, el tipo de cuidado informal prestado casi exclusivamente por mujeres que tienen que afrontar problemas y dilemas personales que afectan al libre desarrollo de la personalidad y también al derecho a la igualdad, pero sobre todo, la inexistencia de una ética de la solidaridad y de la responsabilidad extendida socialmente

33. DURÁN, M. Angeles, «Más allá del dinero: la economía del cuidado». *Discurs d'Investidura Honoris Causa per la Universitat de València*, 9 de maig, de 2012, p.50.

34. VIDAL PRADO, Carlos. «La protección constitucional de la Tercera Edad», en Lasarte Álvarez, C. *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007p.20.

35. GARCÍA SAINZ, C., SANTOS PÉREZ, M.L., VALENCIA OLIVERO, N. (2011) *Inmigrantes en el servicio doméstico*, TALASA Ediciones, p.30.

36. La *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, describe los cuidados profesionales, los cuidados no profesionales y la figura del asistente personal como las distintas posibilidades de atender a las personas dependientes. Esta Ley ha supuesto un avance importante en el desarrollo de la atención a las personas en especial situación de vulnerabilidad, el problema sigue siendo la falta de recursos materiales para hacerla efectiva. Sin embargo debido a que su implantación ha sido progresiva (acabó de implantarse definitivamente en Julio de 2015 al incorporarse los dependientes de Grado I (moderados) habrá que ir evaluando su nivel de eficacia.

conducen a pensar en la conveniencia de un derecho al cuidado³⁷. El Estado tiene que asumir que las generaciones de madres y abuelas que tradicionalmente se han ocupado del cuidado de menores, personas enfermas, ancianas o dependientes se acaba, las mujeres no están dispuestas a seguir prestando esa función en exclusiva: ni ser cuidadoras exclusivamente ni ser exclusivamente ellas las que cuidan. Comparto con De Lucas³⁸ que «el Estado no puede ser neutral, no puede dejar de comprometerse con el significado de los bienes sociales elementales, el Estado no puede abandonar el principio de solidaridad sino que debe considerarlo como un imperativo». El principio de solidaridad debe extenderse a todos y debe ser asumido por el Estado: Esto puede hacerse desde diversas perspectivas: las políticas públicas³⁹ deben reorientarse a la solidaridad y a la asistencia de las personas más vulnerables; el legislador debe regular estos valores y los jueces deben tomarlos en consideración al dictar sus resoluciones, ya que como explica Atienza, los jueces tienen que sentirse vinculados no sólo por el tenor de las normas, sino también por las razones subyacentes a las mismas⁴⁰. Como ya argumentaba Mackinnon⁴¹ en su construcción de *Una teoría feminista del estado*, «la igualdad necesita cambios: una nueva jurisprudencia, una nueva relación entre la vida y la ley», y todavía seguimos necesitando estos cambios, es en esta dinámica en la que deberíamos estar reformulando un nuevo pacto de estado como ya se está haciendo en otros ámbitos, como por ejemplo en violencia de género.

2. La intervención estatal para regular las asimetrías

La reformulación del pacto tiene que centrarse en los valores solidarios. Me acabo de referir a la universalización de la ética del cuidado como una clave para la transformación social, y para ello como ya he mencionado, es necesario que los poderes públicos adopten iniciativas relativas a regulación de los permisos parentales, leyes de dependencia, leyes de corresponsabilidad y sobre la flexibilización de los horarios, que deben ir acompañadas de una labor pedagógica importante que promueva la importancia de la implicación en las

37. MARRADES PUIG, Ana: «Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional», *Revista de Derecho Político*, nº97, 2016.

38. DE LUCAS, J. *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p.63.

39. La principal conclusión/reivindicación del Informe del ODI (Overseas Development Institute) (Marzo, 2016) es «la necesidad de reconocer el cuidado como un asunto central de las políticas públicas», p.44 y 67.

40. ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dos versiones del constitucionalismo», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº34, 2011, p.83.

41. MACKINNON, C. *Hacia una teoría feminista del Estado*, ob.cit.,1995, p.445.

tareas de cuidado o en la corresponsabilidad en la atención de los menores y personas dependientes. En teoría, esto puede hacerse de varias formas, de dos modos principalmente: elaborar leyes que dejen mayor margen a la autonomía individual (por ejemplo permisos transferibles en la pareja) y fomentar la corresponsabilidad para que no se dé la situación que hemos tenido y tenemos actualmente de padres que no cogen los permisos transferibles, o bien intervenir legalmente para hacer permisos iguales obligatorios. Parece ser que la segunda es más eficaz, pero personalmente pienso que no resuelve el problema porque las madres no suelen querer ceder parte del suyo (a no ser que se alargasen, pero en fin, esto sería otro debate...), lo que interesa es valorar cuándo es precisa la intervención normativa que incide en la cuestionada autonomía individual. Cuando hablamos de poner a la persona en el centro de la vida partimos de valores constitucionales esenciales como la solidaridad, la igualdad y la libertad, pero a veces para que prevalezca la igualdad parece que pueda quedar afectada la libertad aunque no es así ya que no se puede ser libre en condiciones de desigualdad. La sociedad democrática tiene frentes abiertos en relación a temas muy graves que afectan profundamente a la dignidad de las mujeres: la prostitución y la gestación subrogada, entre otros. Ambas tienen en común su situación de irregularidad por lo que se está planteando la conveniencia de su regulación. La regulación puede ser en negativo, o sea prohibiéndolas, en ese caso podría haber un riesgo para la libertad. Pero si la regulación es en positivo, es decir aceptando que sean prácticas o servicios susceptibles de contrato (laboral o de servicios) podría haber riesgo para la igualdad y sobre todo para la dignidad de las mujeres ya que se estaría aceptando primero, la mercantilización de su cuerpo y segundo, su utilización al servicio de otras personas con mayores posibilidades económicas; supondría la aceptación generalizada de que todo puede venderse o alquilarse ante una necesidad económica y que es legítimo la utilización de unos seres humanos al servicio de otros como ocurría con la esclavitud.

Para tener más elementos de juicio a la hora de postularnos por una regulación o no, y en caso de que se decida legislar decidir en qué sentido habría que hacerlo, deberíamos entender bien el concepto de violencia de género y qué es lo que ha sucedido y está sucediendo con esta tragedia.

A. La prostitución en el marco de la violencia de género

La cuestión de la violencia contra las mujeres ha pasado desde hace algunos años⁴² de ser un asunto privado, que tenía que ser resuelto en el hogar, a

42. Creo que las crueles agresiones y asesinatos de las tres jóvenes de Alcàsser, Miriam, Toñi y Desiré, en noviembre de 1992; y posteriormente el asesinato de Ana Orantes, quemada viva por su marido tras «atreverse» a denunciarle tras largos años de sufrir malos tratos fueron determinantes para conmocionar una sociedad que vivía todavía aletargada por la idea de que la violencia contra las mujeres eran «asuntos privados» que por tanto habían de resolverse en la intimidad del hogar, y por otro lado para conseguir que el Estado asumiera de una vez esta cuestión como de interés público.

convertirse en un asunto de carácter público que el Estado tiene un especial empeño en resolver; y no sólo porque las estadísticas reflejen una necesidad que exige una urgente intervención, sino porque las propias mujeres, los colectivos feministas le han otorgado un significado político –de puesta en cuestión del poder establecido– en el que las mujeres han adquirido visibilidad y protagonismo⁴³.

Ello ha constituido un avance importante para comenzar el proceso por la erradicación de la violencia, un primer paso necesario y previo a un proceso que todavía no puede cerrarse porque las cifras muestran una realidad dramática, especialmente cuando hablamos de la muerte de mujeres.

Tras haberlo reconocido como problema público que afecta no sólo a las mujeres que la padecen, sino también a toda la sociedad y en definitiva, al Estado, se han implementado importantes políticas contra esta violencia, entre ellas: las reformas legislativas, la formación a los y las profesionales que tratan esta materia, y la puesta en marcha y el desarrollo de campañas de prevención, como herramienta más eficaz para erradicar la violencia de género. Sin embargo, cada día mueren mujeres y las situaciones de violencia de género no cesan, independientemente de su condición social, laboral o personal; afecta a todas las mujeres, a las más débiles socialmente pero también a las que nunca imaginaríamos. Aunque serán las más débiles las que probablemente se verán obligadas a hacer uso de las instituciones públicas para encontrar refugio o ayuda al carecer del apoyo del tejido familiar, y también posiblemente de los recursos económicos necesarios para superar la situación. Tal es el drama que está aconteciendo que tras más de una década de una Ley pionera sobre violencia contra las mujeres, la *Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* y la ratificación en 2014 por España del Convenio de Estambul⁴⁴ tenemos que seguir preguntándonos qué está pasando para que las mujeres sigan muriendo asesinadas y sigan siendo violadas –cada siete/ ocho horas se produce una violación en España⁴⁵–, por eso el gobierno ha promovido la firma de un *Pacto de estado contra la violencia de género* (aprobado por el Congreso el 28/9/2017), iniciativa que tuvo precedente

43. BARRERE UNZUETA, M^a.A., «Género, discriminación y violencia contra las mujeres», *Género, violencia y derecho*, coord. LAURENZO, MAQUEDA y RUBIO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p.44.

44. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE de 6 junio de 2014.

45. http://www.elconfidencial.com/espana/2016-07-11/numero-violaciones-espana_1231474/, https://elpais.com/sociedad/2013/06/22/actualidad/1371929413_934353.html, https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS16.pdf.

en la Comunidad Valenciana⁴⁶, el *Pacto valenciano contra la violencia de género y machista*. Este pacto no sirve de nada sin voluntad auténtica de asignar fondos suficientes para erradicar esta lacra que padecemos, pero tampoco sirve de nada si no se asume verdaderamente lo que significa la violencia de género⁴⁷ y se educa en valores de igualdad y respeto –de nuevo el problema es económico, se necesita invertir en educación–. La violencia de género es «el conjunto de violencias que sufren las mujeres por el hecho de serlo»⁴⁸, según la Cuarta Conferencia Mundial sobre los Derechos de la Mujer, celebrada en Pekín en 1995, y entre ellas se incluyen no sólo los casos más frecuentes de malos tratos y delitos contra la libertad sexual que encontramos en nuestro entorno sino otras violencias que aparentemente no consideramos como tales, por ejemplo la prostitución.

Si se trata de una práctica que constituye violencia de género tenemos más clara la postura sobre si regular o abolir. Si reconocemos que la violencia de género se fundamenta en la desigualdad y la consideración de la mujer como objeto sexual, puede deducirse de manera obvia que la prostitución es violencia de género, y para erradicar la violencia de género no tenemos más herramientas que la educación, pero la educación con mayúsculas. Se trata de llegar no solo a los centros educativos, sino también a los medios de comunicación, a la publicidad, a las instituciones, para trasladar una nueva ética, y esa también es una función del derecho constitucional⁴⁹.

46. El día 23 de febrero de 2017 la Vicepresidenta del gobierno autonómico de la Generalitat valenciana, planteó un Pacto valenciano contra la violencia de género que fuera el germen del Pacto de estado contra la violencia de género. El 10 de abril de 2017 se reunió con los agentes sociales e institucionales para constituir el pacto con el fin de vivir en una sociedad libre de violencia de género. *Pacto Valenciano contra la violencia de género y machista*. Septiembre 2017.

47. Se ha creado un equipo nacional de revisión de los casos de violencia de género, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior (violencia de género según la LOMPVIG 1/2004, hay que recordar que según esta LO es violencia de género la que se ejerce en el ámbito de la pareja, aunque ya sabemos que la violencia de género abarca otras muchas manifestaciones) que está revisando uno a uno los casos para intentar arrojar algunas claves para prevenir la violencia de género. Es absolutamente imprescindible que el estudio se realice desde la perspectiva de género, si no, será una investigación incompleta y sesgada que no resolverá el problema de base.

48. Concepto que tuvo su antecedente en la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993). Ver cuestión conceptual en MARRADES PUIG, Ana, y SERRA YOLDI, Inmaculada, *La violencia de genero en la población de mujeres inmigrantes*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág.13.

49. ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, «El derecho y los vientres de alquiler» , *El Mundo* 5 de mayo 2017, Se refieren a la necesidad de aplicar la función proactiva del derecho en la educación de los derechos fundamentales y principios constitucionales <http://www.elmundo.es/opinion/2017/05/22/5921cc8e468aeb304e8b4637.html>

España y Europa están realizando un gran esfuerzo económico y político por erradicar de las sociedades las viejas prácticas y hábitos que reproducen y mantienen una imagen subordinada de las mujeres en relación con los hombres para construir una sociedad más justa, ¿son compatibles las prácticas de la prostitución con este objeto político?⁵⁰, obviamente no lo son, ¿son compatibles las de gestación subrogada?

B. La gestación subrogada

Respecto la gestación subrogada, nuestro ordenamiento jurídico manifiesta una postura contraria a legitimarla, no prohíbe expresamente, pero no permite tampoco: es claro al declarar nulos los contratos celebrados por gestación subrogada⁵¹ (artículo 10 LTRHA).

El sentir mayoritario en el seno de los partidos políticos es también contrario a regular la práctica. Sólo Ciudadanos es partidario de su regulación y ha presentado una Proposición de Ley (con fecha de 27 de abril de 2017) sobre gestación por subrogación. En su artículo primero se refiere al objeto de la ley, que no es otro que «regular el derecho de las personas a la gestación por subrogación, entendiendo por tal, el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra (¿), para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes» presuponiendo que existe «un

50. RUBIO CASTRO, Ana «La teoría abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista», *Género, violencia y Derecho*, ob.cit., pág.263.

51. Por ejemplo Atienza argumenta que no está prohibida, ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>

Y Garrido hace una argumentación a favor de interpretar como prohibición el precepto legal (artículo 10 de la LTRHA). GARRIDO MAYOL, Vicente, en la presentación de la mesa redonda sobre gestación por sustitución en el curso «Nuevos desafíos Constitucionales», UCV 18 de julio de 2017: «Ciertamente, no hay ninguna norma que expresamente disponga que está prohibida la gestación por subrogación o el contrato en virtud del cual, una mujer asume la obligación de gestar embrión de óvulo y, por supuesto, espermatozoide ajenos. Tan sólo se dispone, como se ha dicho, que la relación que une a quienes encargan y a quien recibe el encargo –contractual– es nula de pleno derecho, efecto tremendo que sólo puede anudarse a una facultad no permitida –prohibida– por el ordenamiento jurídico.... Está claro que, si conforme a la normativa reguladora de la reproducción asistida, la filiación se determina por el parto, quien entregue un bebé que ha parido fuera de los cauces legalmente establecidos (guarda, acogimiento o adopción) incurre en el delito tipificado en el transcrito precepto, porque se trata de una conducta prohibida. Y por estar prohibida, como toda conducta delictiva aunque expresamente no se diga, es nulo el contrato que se celebre sobre los elementos constitutivos del tipo.

Y es que no es sostenible mantener que el derecho, ante determinadas conductas, puede adoptar una posición neutra consistente en reconocer unos hechos jurídicos y anudarles determinadas consecuencias jurídicas –la nulidad de pleno derecho– pero sin contemplar una prohibición de dichos hechos. ¿Alguien puede entender tal afirmación? ¿Y se puede afirmar que el hecho de que el contrato sea nulo de pleno derecho no quiere decir que este tipo de convención esté prohibida sino que lo único que no produce es el efecto de que los comitentes sean considerados como padres del bebé? Y entonces, ¿qué efectos son los que sí que produce?»

derecho a la gestación por subrogación», ¿es preexistente, creado de la nada, por conexión de derechos?, no se entiende muy bien cómo emerge ese derecho o de dónde lo deducen. Además añaden que «*todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales*», y en su segundo artículo la PL incluye como principios rectores: «*los principios de dignidad, libertad, solidaridad, igualdad, protección integral de los hijos, iguales ante la Ley, de las mujeres, madres, padres y de los niños*». La primera observación que se me ocurre es que justamente la gestación subrogada atenta contra todos los principios que nos presentan como inspiradores de su proposición de ley: atenta contra la dignidad de las mujeres al tratarlas sólo como un medio⁵² y atenta contra la libertad y la igualdad porque se parte de situaciones desiguales aunque se apele a la solidaridad y al altruismo. La PL entra en una flagrante contradicción habla de altruismo (artículo 5. Naturaleza altruista) y solidaridad, pero a la vez exige que no haya vínculo de consanguinidad entre la gestante y los comitentes. La pregunta es entonces: ¿quién se prestará a ello?, ¿qué mujer aceptará poner en riesgo su vida y su salud física y emocional a cambio de nada, ni siquiera por amor o por lazos próximos? La solución pasa por el tercer nivel de la contradicción: la compensación económica («*La gestación por subrogación no podrá tener carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de la compensación resarcitoria que podrá percibir la mujer gestante*. Artículo 5.1). La compensación económica no es más que un eufemismo⁵³. El altruismo de la gestación subrogada es un eufemismo para lavar conciencias: de los comitentes al pensar que la mujer lo hace por solidaridad, y de la gestante porque se la hace pensar que no se está ofreciendo a cambio de dinero sino por hacer felices a otras personas. Sería el mismo supuesto que se plantea con la prostitución altruista para satisfacer necesidades de personas que por enfermedad o discapacidad no pueden tener relaciones sexuales.

Por último el artículo segundo termina añadiendo «*que (con la g.s.) se fomenta la natalidad*». Esta observación parece casi una broma, y no merece más comentario que señalar que así no se fomenta la natalidad. La natalidad se fomenta con unas políticas de corresponsabilidad y de empleo que permitan a las mujeres poder elegir libremente si quieren tener hijos/as, el número y en qué momento, sin verse asfixiadas por la presión laboral y profesional y por los problemas económicos que ello conlleva. Son

52. Sobre esto ya argumenté en mi artículo sobre gestación subrogada y derechos. MARRADES PUIG, Ana «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos», *Estudios de Deusto*, nº 65, 2017, págs. 222-224. Y también SOLOZÁBAL, Juan José, «La maternidad subrogada y la dignidad de la mujer», *El Imparcial* 11/7/2017

53. CAMPS, Victoria 4 de marzo de 2017 <http://nosomosvasijas.eu/?p=1238>

escasos los casos de mujeres que acuden a esta práctica por esterilidad. La ley prevé técnicas de reproducción asistida (se puede incluso acudir a la donación de embriones) y las clínicas de reproducción asistida tienen excelentes resultados, y si por desgracia una mujer no tiene útero, podría acudir a la adopción. El problema está en si es el hombre solo o en pareja con otro hombre el que quiere reproducirse, claro no disponen de útero, es un impedimento biológico insoslayable, ¿es ello una justificación para acudir a la gestación subrogada? No todo lo científicamente posible es legítimo⁵⁴, el derecho no está para hacer posible cualquier deseo.

Por su parte, el Comité de Bioética de España⁵⁵ se ha manifestado contrario a la regulación, al entender que la legalización no es el mejor antídoto para combatir el mercado internacional pues la regulación restrictiva, como sería la gestación por sustitución de carácter altruista, es claramente insuficiente para atender la demanda existente, y la tendencia natural será la de flexibilizar determinadas condiciones (principalmente encubriendo como compensaciones auténticas retribuciones); y que, en un marco legal de aceptación de la práctica bajo ciertas condiciones, los demandantes de estos servicios se sentirán más legitimados para acudir a la oferta internacional y a seguir forzando al Estado a inscribir las filiaciones de los niños obtenidos fuera de España. Incluso podría resultar «conveniente» para los comitentes la distancia territorial que les separa de la gestante. Si comparamos con la prostitución, los países que han aceptado su regulación tampoco han conseguido reducir la incidencia de la trata de mujeres⁵⁶.

Otro elemento a considerar respecto a la decisión de si regular o abolir es la cuestión relativa a su consideración como trabajo o servicio. Si es un trabajo, debe haber un contrato de obra, de servicios (¿). Si hay un contrato, debe estipularse un precio, de manera que tendríamos que excluir el altruismo y admitir la mercantilización y que el bebé es el objeto del contrato (en el caso de la gestación subrogada), y una persona no puede ser objeto de contrato; y si hay un contrato hay unas condiciones por las que se cede parte de la libertad. Por tanto esto supone regular para que no se abuse, pero regular mediante contrato ya es un abuso porque

54. MARRADES PUIG, Ana «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos», *Estudios de Deusto*, nº 65, 2017, pág.231

55. Informe del Comité de Bioética de España http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf, pág.81

56. EKMAN, Kajsa Ekis, *El ser y la mercancía. prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Bellaterra, Barcelona, 2015, pág.19; la autora menciona Holanda, Austria o Suiza, siendo Alemania el mejor ejemplo.

se lesiona la dignidad de las mujeres al utilizarlas como un medio⁵⁷, y su libertad porque ellas ceden parte de la misma al aceptar las condiciones impuestas, y porque no puede garantizarse la decisión libre ante la necesidad o situación de vulnerabilidad.

3. La libertad y sus límites

La libertad es el recurso más socorrido para justificar aquellas prácticas que utilizan a las mujeres como un medio para satisfacción de los deseos masculinos. «La posesión y la utilización de las mujeres a través de la sexualización de la intrusión íntima y el acceso a ellas es una característica básica de la definición social de las mujeres como inferiores y femeninas. Las bases son la intrusión, el acceso, la posesión y el uso verbales, que producen intrusión, acceso, posesión y uso físicos.... pornografía, violación y prostitución institucionalizan la sexualidad de la supremacía masculina, que funde erotización del dominio y el sometimiento con la interpretación social de lo masculino y femenino»⁵⁸. Este texto de Mackinnon expone muy bien qué subyace en toda manifestación de la violencia de género, como la violación o la prostitución: dominio y sometimiento⁵⁹. Estas características son esenciales para poder reconocerlas como violencia de género, por lo tanto cuando se introduce el elemento de «libre decisión» el problema desaparece, por brutal que nos parezca el hecho en sí (sirva de ejemplo las violaciones grupales⁶⁰ de «la manada» donde el abogado de la defensa argumentaba que no había habido «una negativa expresa de la víctima» y por tanto no podía haber delito contra la libertad sexual). La libertad es por tanto el recurso para justificar la legitimidad de prácticas como la prostitución y la gestación subrogada. Se argumenta que la mujer es libre para decidir si quiere vender o alquilar su cuerpo o parte del mismo, y que por tanto negarse a regular esta situación atenta contra su autonomía como persona. Sin embargo la libertad no se configura sin límites, hasta Stuart

57. Nota a pie de página 52.

58. MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, ob. cit.pág.349 y 355

59. Así lo dice claramente el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas»

60. http://www.elconfidencial.com/espana/2017-07-03/elprenda-sanfermin-manada-violacion_1408918/

Mill⁶¹, el clásico defensor de las libertades se opuso con firmeza a la esclavitud; y Rousseau escribió que libertad individual no puede legitimar a nadie para justificar la aceptación de la propia esclavitud⁶². Como explica Rosa Cobo⁶³ «el consentimiento no puede servir para que un individuo se convierta en esclavo de otro, pues nadie puede utilizar la libertad para decretar su propia esclavitud». Los límites están en la dignidad de las personas que se fundamenta en la máxima kantiana de tratar a las personas como fines y no sólo como medios. Creo que en ambos casos se trata a las mujeres sólo como medios, pero además creo que no puede apreciarse si una decisión es libre cuando se toma por motivos de necesidad o de vulnerabilidad, cuando hay una relación desigual o asimétrica con dos planos superpuestos: uno de poder y el otro de sometimiento.

El voluntarismo típico del liberalismo entiende que cada persona ocupa en la sociedad la posición que quiere, y a la larga, el mercado es capaz de redistribuir esas posiciones en función del esfuerzo que cada una quiera realizar. Pero la verdad no es esa, sino que son las posiciones de poder las que se desarrollan cada vez más en el incremento del poder, y la desigualdad la que crece cada vez más en las capas sociales más débiles. El hecho de que dos partes se reúnan para acordar mutuamente un intercambio no presupone una posición igualitaria⁶⁴, en ambos casos -prostitución y vientres de alquiler- las relaciones son asimétricas.

A. La prostitución

Incluso aun defendiendo casos aislados de mujeres que no tienen necesidades económicas y que ejercen la prostitución «porque quieren», no podemos perder de vista dos circunstancias: la primera, la prostitución es una institución masculina; y dos, en todos los casos suele darse el fenómeno de la «disociación» que permite a la mujer distanciarse de su cuerpo para hacer más soportable el trance.

En España encontramos un clima perfecto para que abunde la prostitución: aunque se trata de un modelo abolicionista, la prostitución está socialmente aceptada y el cliente no incurre en ningún tipo delictivo,

61. «Sobre la libertad», «La esclavitud femenina», «El sometimiento de las mujeres»..la obra de John Stuart Mill está repleta sobre reflexiones acerca de que nada puede justificar la esclavitud, ni siquiera la libertad que consideraba como «hacer lo que quiera sin que ningún poder superior pueda ni deba intervenir ni siquiera para propiciar mi bien»

62. ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*, en *Escritos de combate*, Madrid, Alfaguara, 1979, pág. 191

63. COBO, Rosa «Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau», en *Avances del Cesor*, Año IX, N° 9, (2012) 109-121

64. BALAGUER CALLEJÓN, M.Luisa, *Hijas del mercado*, Tecnos, Madrid, 2017, en prensa

solo se penaliza (parcialmente) al proxeneta. En países neo-abolicionistas como Suecia la prostitución ha disminuido gracias a la ley que penaliza también a los consumidores, esta ley constituyó un cambio de paradigma revolucionario para entender la prostitución como una institución de dominio masculino⁶⁵. Mientras no se tenga clara esta circunstancia continuará la situación tan hipócrita de permisividad por la que las mujeres que se ven abocadas a ella están muy desprotegidas.

Por otro lado habría que considerar, aun en los casos de «libre elección», la necesidad de acudir a la disociación cuerpo-mente. Muchas mujeres que ejercen la prostitución repiten que no es su cuerpo lo que comercializan si no una parte, o que no es «su yo» lo que venden sino solo su cuerpo⁶⁶. Necesitan la separación del cuerpo y la conciencia para que la experiencia sea tolerable.

B. La gestación subrogada

Exactamente lo mismo sucede con la gestación por subrogación. Las madres gestantes tienen que disociar el útero de su cuerpo, incluso de su vida, hacer que no parezca real. En la mayoría de las clínicas especializadas, en Estados Unidos y en la India por ejemplo, las mujeres se someten a terapias para aprender a disociarse del bebé. Les enseñan a no decirles «te amo» sino «tus padres te aman», a no ponerles nombre y a pensar que el hijo es de otras personas. Para no sufrir hay que disociarse y pensar en el útero como una vasija reproductora, es necesario deshumanizar el proceso para que sea más llevadero para la mujer que alquila su cuerpo, se trata de establecer una distancia mental, repetirse a sí misma que el hijo no le pertenece⁶⁷.

Por otro lado, está la desigualdad económica. Aun a pesar de que el argumento más socorrido para apoyar estas prácticas es el recurso a la libertad, al consentimiento libremente otorgado de las mujeres que se prestarán a ellas, no podemos desconsiderar las circunstancias en que estas mujeres prestan su consentimiento. Como explica Ana Rubio⁶⁸ «la libertad no es una cualidad natural, se desarrolla o se constriñe en el marco de las relaciones sociales que permiten las estructuras y las instituciones... Minimizar las diferencias entre quienes son reconocidos por el

65. EKMAN, Kajsa Ekis, *El ser y la mercancía. prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Bellaterra, Barcelona, 2015, pág.20, para un estudio en profundidad sobre prostitución en España.

66. *Ibidem*, 128-144. 16 páginas donde se narran las experiencias disociativas y sus terribles consecuencias para la salud y la vida de las mujeres.

67. EKMAN, Kajsa, *ob.cit.* pág.212-215.

68. RUBIO CASTRO, Ana. «Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja» *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, (Casado, M. coord.), (México: Fontamara, 2016), 86-87 y 89.

mercado como sujetos, y quienes quedan reducidos a cuerpos estereotipados y ocupados, es ocultar que la verdadera igualdad solo es posible en la reciprocidad, en la equivalencia y en el reconocimiento mutuo de igual valor y dignidad, tanto en el derecho como en el mercado». El discurso de los derechos humanos se ve afectado de un proceso de deshumanización y mercantilización. La defensa de la libertad y de la autonomía individual no nos puede llevar a considerar que carece de relevancia moral y política la comercialización de los cuerpos. Como en toda práctica social es muy importante analizar el contexto.

Una elección entre pobreza y un embarazo subrogado no puede considerarse una libre elección⁶⁹. Es difícil asumir la libre elección aun considerando que no haya una contraprestación económica por medio ya que el dinero no es la única moneda para comprar la voluntad de una persona. María Luisa Balaguer hace referencia a la posición que cada cual ocupa en el mercado para calibrar la decisión con libertad.⁷⁰ Si tenemos un consenso básico acerca de que no todos los derechos son susceptibles de entrar en el mercado, y por lo tanto, determinadas actividades no podrán ser susceptibles asimismo de tráfico comercial, entonces, estamos en condiciones de abordar en qué casos esa mercantilización es insoponible para la convivencia humana, por superar los límites de la tolerancia social. Como argumenta Laura Nuño⁷¹ «hay bienes que no se pueden comercializar por mucho que haya quien pueda o desee comprarlos. No podemos subastar al mejor postor nuestros órganos (aunque salve una vida o dos) ni vendernos como esclavos si nos garantizan techo y comida de calidad que regalar a nuestros hijos/as en caso de necesidad».

Puede decidir con libertad quien no está sometido a condiciones extremas, por eso las decisiones libres sobre acciones que comprometen la salud y la vida de las personas deberían tomarse sólo en condiciones de plena igualdad. Se nos puede argumentar que tantos otros «trabajos» y «contratos» son duros y a ellos se acogen las personas por necesidad que en otras circunstancias no lo harían, y ante ello cabe una respuesta obvia: el embarazo por sustitución ni es un trabajo ni puede ser objeto de contrato. Sólo las cosas o los servicios pueden serlo pero no un embarazo ni el bebé que se está gestando. Además, no puede compararse un em-

69. Entre tantas, en «El País Semanal» de 16 de abril de 2017, Almudena Grandes escribía exactamente en este sentido sobre «Últimas noticias del machismo: Legalizar la subrogación de la maternidad desembocará en la explotación de las mujeres pobres, que no podrán elegir con libertad»

70. BALAGUER, *Hij@s del mercado*, Tecnos, Madrid, 2017(en prensa)

71. NUÑO GÓMEZ, Laura «Gestación comercial: deseos y derechos», *El notario del siglo xxi*, nº72, 2017.

barazo de sustitución con un contrato de trabajo. Ni siquiera extremando las precauciones para que las mujeres gestantes no sean víctimas de unas condiciones abusivas. La pretendida libertad de las mujeres que deciden aceptar las condiciones del contrato de gestación suele estar condicionada por circunstancias de necesidad, y el ejercicio de esa libertad las coloca además en una posición de tener que ceder parte de la misma.

La SEF⁷² en su propuesta de regulación dice que «sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, en su caso, puedan originarse por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, a la gestante debe reconocérsele su autonomía y plenitud de derechos desde el momento de la transferencia embrionaria hasta el instante del nacimiento, en el sentido de que podrá interrumpir la gestación o continuarla contra el criterio de la pareja subrogada», pero a continuación añade que: NO podrá negarse a entregar el recién nacido a la pareja subrogada, en ningún caso. Por eso el contrato deberá establecer muy bien qué hacer en situaciones «conflictivas» y «el compromiso de la gestante de que se acogerá a un determinado «estilo de vida». En definitiva la madre gestante quedaría sometida a unas condiciones nefastas para su salud emocional en caso de que decidiera quedarse con el bebé que ha parido, que resultan intolerables para una convivencia democrática de una sociedad que pretendemos mejorar. Ello nos conduce a preguntarnos de nuevo: qué tipo de sociedad queremos.

IV. Conclusiones

Es necesario reformular un nuevo pacto que procure una transformación social. Este nuevo pacto debe basarse en nuevos derechos, en una nueva ética que se centre en la persona. Para ello hay que partir de los problemas urgentes de la sociedad y de aquellas estructuras que ya no funcionan para darles solución.

Entre los problemas pendientes graves se encuentra el sistema de asistencia y de cuidados, no sólo desde el punto de vista de quien necesita atención sino también de quien tiene que ofrecerla. Existe una tradicional asignación de las tareas de cuidado a las mujeres que las ha colocado en una posición de desventaja al tenerla que ejercer primero exclusivamente y desde hace algunas décadas de forma simultánea con su trabajo fuera del ámbito doméstico.

72. Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, (Coord.Núñez, Feito y Abellán) *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, Abril 2016. Hay que tener en cuenta que la SEF no se muestra partidaria de la gestación subrogada y que solo la aceptaría como ultimísimo recurso, si bien ha elaborado un informe de propuesta para el caso de que se regulara.

En segundo lugar nuestra sociedad -no sólo la nuestra pues es un problema global- está padeciendo la terrible lacra de la violencia de género. Es imprescindible actuar para poder proporcionar a las personas una vida sin violencia. Esperemos y confiemos que el Pacto de estado contra la violencia funcione y que incorpore las partidas presupuestarias suficientes.

Es necesario revisar las estructuras que ya no funcionan, como los esquemas patriarcales y políticas públicas que olvidan que la persona es el objetivo del funcionamiento de las instituciones y de las políticas. Es necesario decidir qué tipo de sociedad queremos y después abordar e intervenir de la manera que mejor solucione los problemas.

La educación y la transmisión de nuevos valores como una nueva ética del cuidado, de la solidaridad y de la igualdad son la clave. Es necesario entender que en la base de la violencia está la desigualdad y la discriminación, y que si regulamos prácticas como la prostitución o la maternidad subrogada estamos normalizando que todo puede pactarse, comprarse y venderse según las reglas del mercado, incluso las personas.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, «El derecho y los vientres de alquiler», *El Mundo* 5 de mayo 2017. <http://www.elmundo.es/opinion/2017/05/22/5921cc8e468aeb304e8b4637.html>
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dos versiones del constitucionalismo», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº34, 2011
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-i-deologicos>,
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Podemos hacer más Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, 2013
- BALAGUER, M.Luisa, *Hij@s del mercado*, Tecnos, Madrid, 2017
- BARRERE UNZUETA, M^a.A., «Género, discriminación y violencia contra las mujeres», *Género, violencia y derecho*, coord. LAURENZO, MAQUEDA y RUBIO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- CAMPS, V. *El siglo de las mujeres*, Cátedra, Madrid, 2003
- COBO, Rosa «Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau», en *Avances del Cesor*, Año IX, N° 9, 2012
- COBO, Rosa, *Fundamentos del patriarcado moderno. El pensamiento social y político de Jean-Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995.
- DE LUCAS, J. *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- DURÁN, M. Á. «Más allá del dinero: la economía del cuidado». *Discurs d'Investidura Honoris Causa per la Universitat de València*, 9 de maig, de 2012, p.50

- ESQUEMBRE VALDÉS, M. «Una Constitución de todas y todos. La reforma constitucional desde una perspectiva de género», *Gaceta Sindical, reflexión y debate*, nueva etapa nº23, 2014.
- EKMAN, Kajsa Ekis, *El ser y la mercancía. prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Bellaterra, Barcelona, 2015
- MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del estado*, Cátedra, Madrid, 1989
- MARRADES PUIG, Ana «Los ejes centrales de las políticas de igualdad de género desde una perspectiva constitucional», *Constitución y democracia: ayer y hoy*, vol II, Universitas, 2012
- MARRADES PUIG, Ana y SERRA YOLDI, Inmaculada, *La violencia de género en la población de mujeres inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- MARRADES PUIG, Ana: «Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional», *Revista de Derecho Político*, nº97, 2016
- MARRADES PUIG, Ana «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos», *Estudios de Deusto*, nº 65, 2017
- MARTÍNEZ SAMPERE, E. «Ciudadanía democrática, voluntad política y estado social», *Igualdad y Democracia: el género como categoría de análisis jurídico*, Valencia, Corts Valencianes, 2014
- NUÑO GÓMEZ, Laura, «Gestación comercial: deseos y derechos», El notario del siglo xxi, nº72, 2017 *Overseas Development Institute Report*, en su reciente informe de Marzo de 2016 «Women's work. Mothers, children and the global child crisis» (SAMMAN Emma, PRESLER-MARSHAL, Elizabeth, JONES, Nicola
- PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995
- ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*, en *Escritos de combate*, Madrid, Alfaguara, 1979
- RUBIO CASTRO, Ana, «La teoría abolicionista de la prostitución desde una teoría feminista», *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- RUBIO CASTRO, Ana. «Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja» *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, (Casado, M. coord.), Fontamara, México, 2016
- SALAZAR BENÍTEZ, O. «La diferencia como principio jurídico-político de una nueva ciudadanía», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, (Ed. PÉREZ ROYO, J., URÍAS MARTÍNEZ, Y CARRASCO DURÁN, M.) Aranzadi, 2006
- SALAZAR BENÍTEZ, O., *Masculinidades y ciudadanía*, Dykinson, Madrid, 2013
- SALAZAR BENÍTEZ, O. «La enseñanza del derecho constitucional como forma de acción política», *Revista General de Derecho Constitucional*, num.21, 2015

- SOLOZÁBAL, Juan José, «La maternidad subrogada y la dignidad de la mujer», *El imparcial* 11/7/2017 www.elimparcial.es 12/7/2017
- VALCÁRCEL, Amelia, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid, 2008
- VEGA SOLÍS, Cristina, *Culturas del cuidado en transición*, UOC, Barcelona, 2009
- VENTURA FRANCH, A. *Las mujeres en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999
- VIDAL PRADO, Carlos. «La protección constitucional de la Tercera Edad», en Lasarte Álvarez, C. *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007

Resumen

La construcción de los roles atribuidos a los hombres y a las mujeres se basa en una división de los espacios público y privado, y en una asignación de funciones específicas a las personas en relación a su sexo. Ello ha procurado que las mujeres se encontrasen en una posición subordinada al tenerse que encargar de las funciones domésticas, sexuales y reproductivas, necesarias para el funcionamiento de la sociedad; y sobre este sustrato se han formulado los pactos constitucionales.

Ahora es necesario reformular un nuevo pacto que se fundamente sobre nuevos conceptos y perspectivas que pongan en valor no sólo lo productivo sino también lo reproductivo, y en una nueva ética que se centre en la persona. Para ello hay que partir de los problemas urgentes de la sociedad y de aquellas estructuras que ya no funcionan para darles solución. Entre los problemas pendientes graves se encuentra el sistema de asistencia y de cuidados. Y en segundo lugar, debemos resolver el drama de la violencia de género. Es imprescindible actuar para poder proporcionar a las personas una vida sin violencia y decidir qué tipo de sociedad queremos para intervenir de la manera que mejor solucione los problemas. Si consideramos que en la base de la violencia está la desigualdad y la discriminación, no es posible normalizar prácticas que afectan los derechos y la dignidad de las mujeres, como la prostitución o la gestación subrogada.

L'educació valenciana en l'estat de benestar

Text de:
Vicent Moreno i Baixauli
President d'Escola Valenciana
Sandra Serrano i Mira
Periodista

SUMARI: I. CONTEXT. II. LES POLÍTIQUES HUMANES. III. L'ESCOLA VALENCIANA. IV. EVOLUCIÓ DE LA INVERSIÓ EN EDUCACIÓ DEL 2011 - 2017. V. L'ESCOLA COM A ANCORATGE. VI. EL MODEL D'ESCOLA VALENCIANA. VII. CONCLUSIONS. VIII. BIBLIOGRAFIA.

I. Context

Durant més de 20 anys el País Valencià ha patit les polítiques erosionadores i secessionistes del PP, les quals han fet minvar la vitalitat de la llengua en tots els àmbits, tot recloent-la a una àrea d'estudi amb una intenció ideològica ben clara: desprestigiar l'estatus social del valencià, trencar amb la unitat de la resta de zones geogràfiques en les quals es parla català, limitar-ne l'evolució i el desenvolupament, adscriure la llengua a l'entorn familiar com a ús exclusivament casolà i, per descomptat, menysprear la parla de la llengua regional des de la perspectiva del folklore.

A més, no podem passar per alt assenyalar la capacitat que han tingut els populars de diluir, desdibuixar la identitat dels valencians com a estratègia política centralitzadora; discurs que, ben mirat, fins al 24 de maig els va fer mantindre's en el poder amb majoria absoluta. Tanmateix, la societat valenciana ha canviat i s'ha fet més exigent, ha demanat renovació, ha penalitzat a les urnes els casos de corrupció tan sonats que han aparegut els últims anys a la Generalitat Valenciana per part dels principals referents i cacics del PP valencià.

Ara com ara, el govern constituït en coalició entre el PSOE i Compromís s'ha vist en la tessitura d'haver de refer i donar-li forma a un país maltractat, castigat i deliberadament empobrit culturalment. Deia Joan Fuster que «la ignorància no és un argument» i fins a les eleccions d'en-

guany el Partit Popular ha cregut que podia fer i desfer sense represàlies, sense donar explicacions al poble que, benvolent, feia la vista grossa i era permeable a la corrupció, la deixava córrer, la ignorava. Però les valencianes i els valencians han volgut saber i veure l'actualitat des d'un prisma històric. El canvi de mentalitat de la ciutania ha definit la necessitat d'una altra sensibilitat en la forma de governar dels nostres polítics. La societat ha exigut coherència i trellat. Enrere queda la prepotència, l'autoritarisme, la paròdia, la persecutòria de la llengua, el balafiament, l'anticatalanisme, el centralisme, el folklore polític, la diglòssia, l'opacitat, el clientelisme, el menyspreu, la Comunitat (de què? De veïns? De regants?)...

Abans de centrar-nos en l'estudi aprofundit de l'educació valenciana dins d'un govern que tracta d'afavorir les classes socials que es troben sota el llindar de la pobresa, caldria fer esment d'un episodi històric conseqüència de les polítiques ferotges del capitalisme i la socialdemocràcia de mitjans dels anys vuitanta. La desregulació dels mercats fou decisiva per a l'esclat de la bombolla financera l'any 2008. Primer als EE.UU. amb les hipoteques *subprime* i, després, al vell continent europeu amb l'especulació immobiliària. La premsa internacional comparà la crisi econòmica amb el crack del 1929, tanmateix, convé matisar la iniciativa dels governs de rescatar els bancs per davant de les persones i l'aprofitament d'aquesta conjuntura per part dels directius d'entitats bancàries per a jubilar-se amb indemnitzacions milionàries (*les parachutes dorés*). La crisi econòmica del sistema bancari anà acompanyada d'una crisi de valors i el descrèdit de l'Estat de benestar que permetia injustícies socials com les retallades en educació i en sanitat, la privatització dels serveis públics, l'augment de les persones aturades, els milers i milers de desnonaments dels habitatges de l'anomenada classe mitjana, la jubilació als 67 anys, el bloqueig de les ajudes a les persones dependents i amb necessitats especials, els acomiadaments massius d'empreses que feien fallida perquè no podien fer front als deutes, la precarietat laboral, i un llarg etcètera de conseqüències greus que van fer trontollar el sistema. La pobresa creix de forma exponencial alhora que els rics cada cop són més rics¹. Un pauperisme cínic que exhibeix les urpes del capitalisme i condemna a l'exclusió social les persones. Famílies senceres sobreviuen amb la pensió dels iaïos o amb els 400 euros d'ajuda familiar. El reportatge del New York Times del fotoperiodista català Samuel Aranfa titulat «Spain, austerity and hunger» evidència l'alarmant situació i omet tot eufemisme: parla de la fam.

1. Aumenta la desigualdad en el mundo: el 1% tiene tanta riqueza como el 99% de la población del planeta.

II. Les polítiques humanes

Set anys després del col·lapse mundial, en maig de 2015, arriba al poder la coalició Compromís-PSPV amb el suport de Podem, amb un bon grapat de deures per fer, doncs ací al País Valencià partiem d'un desert en tots els àmbits a més a més d'heretar unes normatives legals del govern del PP que dificulten l'agilitat dels canvis en les decisions polítiques. El primer deure a fer: millorar les condicions de vida de les persones que pateixen de forma més dramàtica la crisi. El marge d'actuació és sovint limitat a causa de lleis de rang superior promulgades des del govern de Mariano Rajoy, com és el cas de la llei hipotecària o la llei Orgànica de Qualitat Educativa –LOMCE–. De fet, l'elaboració del Programa Educatiu Plurilingüe Dinàmic ha sigut condicionada per la normativa estatal, la LOMCE.

Després de dos anys del Pacte del Botànic podem afirmar que hi ha hagut canvis estructurals importants en polítiques que milloren la situació de les persones i que, malgrat l'infr finançament autonòmic que patim del Govern espanyol, es reflecteixen en els Pressupostos de la Generalitat Valenciana 2017:

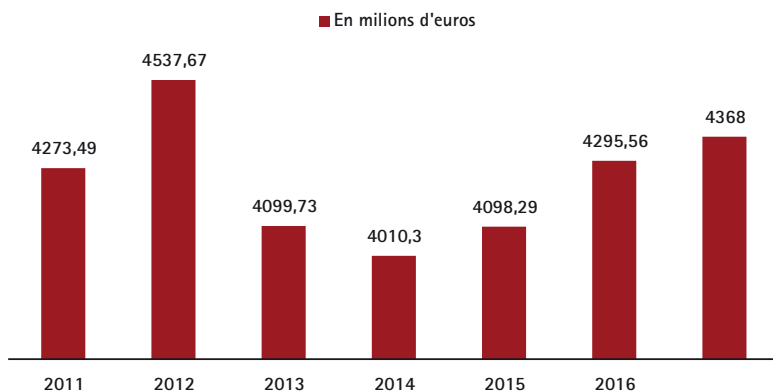
- La inversió en Igualtat i Polítiques Inclusives és de 1.000 milions d'euros, un 7,1% superior a la de l'exercici anterior i un 24'1% més que en 2015.
- El pressupost en Sanitat ha sigut de 6.084 milions d'euros, de manera que ha experimentat un increment de 175 milions d'euros més que en 2016 i de 591 milions respecte de 2015.
- Cooperació ha vist millorar en un 31,6% el seu pressupost en un total de 34,7 milions d'euros, dels quals 18,7 milions són per a la cooperació internacional al desenvolupament, per tant, es passa d'un 0'02% a un 0'11% del total dels Pressupostos. Amb els 138.000 euros recuperats de les sentències judicials del cas Blasco s'ha creat una línia específica.
- 4527 milions d'euros és la inversió amb què compta la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport i supera en un 5'40% la de l'any anterior. D'aquesta suma, concretament 4368 milions, són per a Educació i Investigació, i 133 milions per a posar a punt les infraestructures dels centres educatius, un pressupost que incrementa en un 76% en relació amb l'exercici anterior.

Aquest últim pressupost és el que centra les nostres reflexions: la millora de les condicions de l'alumnat a l'escola amb la introducció de mesures cabdals com les beques menjador, les ajudes al transport escolar, la Xarxa Llibres, les beques estudi, les aules de dos anys. Principalment, aquestes cinc iniciatives han alleugerit la despesa en matèria educativa de les famílies amb una maltractada economia domèstica. El plantejament és ben senzill:

partir d'unes polítiques humanes que, en el cas de l'ensenyament, situen les xiquetes i els xiquets en el centre de tota actuació perquè són el futur.

III. Evolució de la inversió en Educació del 2011-2017

Evolutió de la inversió en Educació



Gabinet tècnic d'Escola Valenciana

Aquesta gràfica, confeccionada amb les dades del Ministeri d'Educació, Cultura i Esport, mostra la inversió en educació dels últims set anys en el País Valencià. L'any 2012 el pressupost en ensenyament assoleix la cota més elevada amb 4537,67 milions d'euros. És en agost d'aquest any quan la Conselleria d'Educació, governada pel PP i liderada per M. José Català, publica el Decret plurilingüe que augmenta les hores lectives en anglés en detriment de les de valencià, sense comptar amb un professorat competent per oferir l'ensenyament en aquesta llengua estrangera. D'ençà d'aquell moment fins a maig de 2015, l'educació pública experimenta les grans retallades de recursos econòmics i humans i el tancament d'aules en valencià. Són tres anys de grans mobilitzacions de tots els sectors públics afectats (educació, sanitat, serveis socials) que creen xarxes socials estables de rebuig al desmantellament de l'Estat de benestar a totes les comunitats autònomes.

Amb el canvi de govern, l'any 2015, la recuperació de l'inversió en educació comença a ser significativa i, en 2017, suposa la segona despesa més elevada des de 2012 amb 4368 milions d'euros.

IV. L'escola valenciana

Des d'Escola Valenciana pensem que el millor programa educatiu, el que assegura i garanteix una integració efectiva dels aprenents i, per extensió, en la societat, és l'ensenyament en valencià. Mitjançant aquest model pretenem corregir l'asimetria derivada d'una adquisició desigual del valencià i el castellà i, a més, volem tractar el problema de l'exclusió social a l'escola per previndre'l des d'aquesta institució, alhora que fem tots els possibles perquè tot l'alumnat, independentment de la seua llengua familiar, forme part de la societat valenciana i participe dels processos democràtics. Cal que la ciutadania del futur sàpiga comunicar-se amb idèntiques habilitats en les dues llengües cooficials i que tinga un domini pràctic d'una llengua estrangera. L'accés universal al coneixement i a l'educació de qualitat és clau per trencar amb les diferències socials, com també és essencial que el Govern valencià garantisca els recursos econòmics i humans perquè l'alumnat desenvolupe la seua formació en unes infraestructures òptimes, de sòlids fonaments, lluny de les caixes en llauna, el sistema de barracons que instaurà el PP. És important recordar que en 2016, l'actual Administració destapà l'escàndol de Ciegsa, la companyia creada l'any 2000 pel Consell sota el signe del PP per a construir centres educatius, i que ha esdevingut un dels majors forats econòmics dels populars al front de la Generalitat amb més de 1.130 milions en sobrecostos. Tot i haver gastat vora 3.000 milions, 15.000 estudiants de primària continuaven fent classe en barracons en 2015. El deute que ha deixat aquesta empresa és gegantí: 1.700 milions d'euros. Per situar les dades en context, el pressupost d'Educació en 2017 és de 4.300 milions, dels quals, concretament, 63.843.000 euros s'invertiran en ajudes de menjador escolar i 1.633.510 euros per a ajudes individuals de transport. A més, l'administració educativa es fa càrrec del transport col·lectiu del que anualment es beneficien vora 60.000 alumnes. Una de les conseqüències més preocupants de la crisi econòmica fou l'atur, cosa que provocà una total manca de recursos econòmics en les famílies. Un altíssim nombre de xiquetes i xiquets arribaven a escola sense haver pres res des del dia anterior perquè les famílies sols podien permetre's un menjar al dia. Amb aquest increment de les beques menjador es compensa un fort generador de desigualtats a l'escola: si l'alumnat no està ben nodrit no pot assolir els conceptes que li transmet el docent perquè té una necessitat bàsica sense cobrir i, és clar, repercuteix en la seua salut i en seua rendiment acadèmic.

El fet que hi haja aprenents i aprenents que no disposen de material escolar també genera diferències i pot desencadenar trastorns entre l'alumnat que, fins i tot, en el pitjor dels casos, arriba a marginar-se i s'aïlla. Democratitzar a l'aula l'ús dels llibres i concebre tots els materials emprats com un préstec a retornar i que, per tant, s'ha de

cuidar, repercuteix positivament en l'autoestima de l'alumnat i evita la distinció entre els infants que tenen llibre i els que treballen amb fotocòpies.

V. L'escola com a ancoratge

Xavier Vila i Moreno², professor de la Universitat de Barcelona, al·ludeix als beneficis del sistema de les escoles en valencià a Alacant (actualment es corresponen amb els nivells avançats del Programa Plurilingüe Dinàmic): «L'escola com a ancoratge per a la comunitat lingüística:

- Increment del percentatge de parlants potencials: dins de l'escola tinc més probabilitats de trobar-me algú que sàpiga valencià que al carrer.
- Reducció d'hostils: difícilment hi trobarem gent contrària al procés de normalització de la llengua.
- Port segur per als parlants de la llengua: espais on hi ha una reducció ostensible de l'hostilitat que hi ha fora de l'escola.
- Reimplantació de l'ús acadèmic: a l'escola es guanya accés a les varietats formals de l'idioma.
- Reimplantació de l'ús interpersonal: en alguns models escolars, com és el cas de la Bressola, s'assoleix que el pati sigui el lloc d'ús del català.
- Legitimació de l'ús acadèmic: l'escola dóna carta de naturalesa als usos formals.
- Legitimació de l'ús interpersonal: l'escola dóna carta de naturalesa als usos informals.

L'escola pot ser una institució clau per al desenvolupament de xarxes socials en llengua minoritzada.»

Tenint en compte les aportacions de Xavier Vila, el context social i econòmic de les famílies valencianes i les polítiques educatives del Consell, des d'Escola Valenciana podem afirmar que l'escola pública és fonamental per corregir les desigualtats tant des d'un punt de vista econòmic, amb la introducció de mesures com les que hem esmentat abans (beques menjador, transport escolar, Xaxa Llibres i aules de 2 anys, i de 0 a 3) i la millora del context i ús lingüístic, amb la implantació del valencià com a llengua vehicular en l'ensenyament com una aposta de futur, com a element capaç d'assegurar el coneixement equilibrat de les dues llengües cooficials del País Valencià i com a primera institució que reflecteix la varietat social que es troba en el gros de la societat. El fet que l'alumnat

2. Dins de *La Revernacularització del valencià a la ciutat d'Alacant: actes de la jornada d'estudi i debat «Llengua, educació i revernacularització: el valencià a la ciutat d'Alacant»*, Alacant, 9 i 10 de març de 2007. Institut d'Estudis Catalans, 2010.

acabe l'ensenyament obligatori i pugua desenvolupar les seues habilitats comunicatives de forma fluida en valencià i en castellà afavorirà i un coneixement pràctic d'una llengua estrangera, que afavorirà la integració dins de la comunitat de parlants, perquè gràcies al domini de llengües haurà creat una nova identitat en la qual sentir-se còmode. L'escola ha de ser el lligam entre la família i la societat i ha de crear relacions des de l'estima de la llengua i l'arrelament al medi.



En l'Estudi comparatiu entre la gramàtica del català i la de l'ucraïnès de Francesc Roca, ens semblen significatives les paraules que apareixen en la introducció, tot i que se centren en les persones novingudes: «Perquè els immigrants s'integrin, cal que la societat d'acollida tingui algun coneixement de la cultura dels que hi arriben. I la cultura, entre altres coses, inclou la llengua. I potser és el factor més important, perquè és el que permet la transmissió de coneixements, d'experiències i de sentiments. La llengua, i per raons històriques els catalans³ ho podem entendre molt bé, és un tret molt lligat a la persona i a la comunitat, que mereix un respecte especial per part dels altres i que en cap cas no s'ha de menystenir o ignorar».

VI. El model d'Escola Valenciana

La transformació de la societat comença a l'escola. Els infants són el futur i, per aquesta raó, han de créixer en centres educatius que responguen a les necessitats formatives, pedagògiques, emocionals i humanes, perquè sols així faran valdre els valors de solidaritat, pau, sostenibilitat, justícia, acolliment, interculturalitat, tolerància... que els mestres els en-

3. Fem extensiva aquesta concepció a totes les persones que comparteixen una mateixa llengua en diferents territoris: Catalunya, País Valencià, les Illes Balears, Catalunya Nord, Andorra...

senyen a l'escola. Sols així, les xiquetes i els xiquets crearan una societat valenciana igualitària basada en la convivència, la tolerància i el respecte. La implicació dels poders públics en l'educació de la ciutadania del futur ha de ser essencial perquè es desenvolupe de forma òptima i ha de dotar de recursos els centres educatius públics i laics, sense mercantilitzar l'ensenyament ni privatitzar aquest servei bàsic, com ja hem sigut testimonis del desmantellament de l'educació en l'anterior legislatura.

Per a Escola Valenciana, l'escola valenciana del segle XXI ha de ser⁴:

Plurilingüe i intercultural. Una escola que proporcione una competència plurilingüe i intercultural que incloga el valencià com a llengua pròpia del país, el castellà com a llengua cooficial i dues llengües estrangeres dins l'etapa obligatòria. Una educació plurilingüe i intercultural que gire al voltant del valencià com a nucli organitzador de l'itinerari curricular plurilingüe i intercultural que s'impartisca en els centres. I que proporcione les estratègies i els elements de reflexió necessaris per a la convivència i la cohesió social al si de la societat valenciana.

Valenciana. Una escola valenciana no solament en llengua sinó també en continguts; arrelada en la nostra tradició i també oberta al futur, a la ciència, les humanitats i la tecnologia, i a un món com més va més pròxim. I, especialment, instrument privilegiat en la revitalització i normalització de la nostra llengua i cultura, i en la construcció d'un projecte polític de futur per al país.

Única, pública, gratuïta i laica. L'escola valenciana ha de ser única, sense adoptar perfils diferents per raó d'ideologia, llengua, situació geogràfica o nivell econòmic dels alumnes. Les lleis han de determinar un model d'educació pública i gratuïta únic per a tothom, amb centres dignes on pugua assistir tot l'alumnat de la seua àrea d'influència i ho faça. Centres educatius per a tothom, els quals, per això mateix, mantindran un respecte absolut i una neutralitat total pel que fa a opcions polítiques i religioses específiques que han de quedar fora de l'escola.

Inclusiva. Per tal d'eradicar les desigualtats, l'escola valenciana ha d'estar oberta a tothom sense restriccions, ha de considerar la diversitat com una riquesa i un recurs, i ha de mantenir expectatives elevades pel que fa a les possibilitats de cada un dels alumnes. Es plantejarà com a objectiu aconseguir que tots els escolars desenvolupen la seua potencialitat màxima pel que fa al rendiment lingüístic i acadèmic, i aconseguisquen la plena integració escolar i social, independentment de la seua procedència geogràfica, del nivell sociocultural i socioeconòmic de les famílies, de les competències comunicatives i experiències culturals amb què arriben al

4. Es tracta d'un extracte del document d'Escola Valenciana *L'escola que volem. Una escola valenciana per al segle XXI*.

centre, i de les seues aptituds i estil d'aprenentatge. I dedicarà els recursos necessaris a aconseguir aquest objectiu. L'escola s'ha de reconèixer per tant com un espai públic, amb tot el que això implica: un teixit de relacions socials que té present la història i la memòria col·lectiva i que esdevé espai de vertebració de la societat i de projecció de la realitat com a país.

El model d'escola per al País Valencià que proposa Escola Valenciana: «L'escola que volem. Una escola valenciana per al segle XXI»



Democràtica. L'escola valenciana ha de ser democràtica. De quina manera formarà una ciutadania que practique la democràcia si aquesta no és l'ànima del funcionament de tot el sistema educatiu a tots els nivells? Ha de fer conèixer i assumir a l'alumnat els valors democràtics i de respecte pels drets humans. Però sobretot ha de funcionar d'acord amb aquests valors i ha de procurar projectar-los sobre l'entorn.

Oberta i participativa. Per a ser democràtica, l'escola ha de ser participativa. L'educació és cosa del professorat però també de les famílies i de totes les persones implicades. Tots els que formen part de la institució escolar, doncs, d'acord amb les seues responsabilitats i competències, han de participar tant en la presa de decisions com en les actuacions que les porten a terme. Aquesta participació els permetrà aportar la seua perspectiva i experiència, manifestar les seues necessitats i inquietuds, i col·laborar lleialment en el projecte comú. Al mateix temps, cada centre ha d'estar implicat en la comunitat més ampla —el poble o el barri— par-

ticipant, juntament amb altres agents socials, polítics i administratius, en la construcció d'una ciutat educativa.

Crítica, creativa i innovadora. L'escola valenciana ha d'abandonar el model d'educació transmissiva, lamentablement massa estés encara. Ha d'afavorir que els xiquets i les xiquetes construïsquen els coneixements que adquireixen des d'una perspectiva crítica, amb les tecnologies i estratègies més actuals —TIC, enfocaments plurilingües, projectes de recerca, etc.—, sense conformar-se a fer un ús tradicional del llibre de text, creant coneixement nou en resposta a problemes i qüestions ben actuals del medi local o global, i adoptant mesures concretes d'acció social. En definitiva intentaràn entendre el medi social, cultural, natural i tecnològic en tota la seua complexitat per tal de transformar aquests sabers en instruments per al progrés, la transformació de l'entorn i la felicitat de les persones.

Compromesa amb l'entorn local i global. Des d'aquesta perspectiva, l'escola valenciana ha d'estar compromesa, no solament des del punt de vista pedagògic sinó també ciutadà, amb els problemes més greus que té plantejat el món en aquest començament del segle XXI. No solament ha de fer prendre consciència als joves ciutadans en edat escolar de problemes com ara el calfament global, la destrucció del medi ambient, la sostenibilitat dels recursos o el dèficit energètic; tots els establiments educatius han de convertir-se en avançada d'un canvi d'actitud i de comportaments donant exemple, en el seu propi funcionament, de com s'haurien d'abordar tots aquests problemes: estalviar aigua i energia, gestionar les deixalles, compartir els materials escolars, etc.

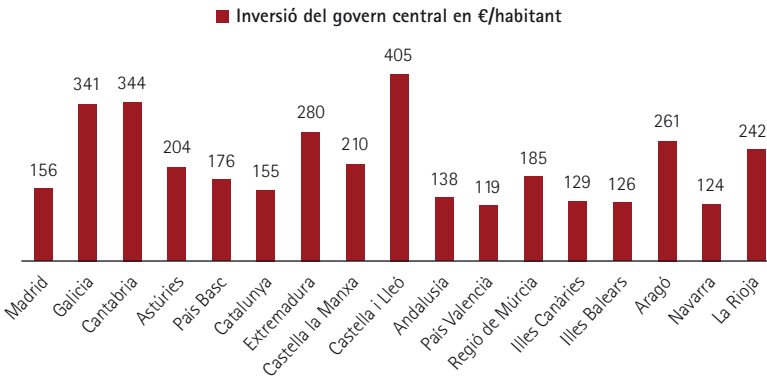
Coeducadora. La coeducació comporta la promoció d'una educació que potencia la igualtat real d'oportunitats i l'eliminació de tota mena de discriminació per raó de gènere, com també la integració de forma explícita i amb continguts d'aprenentatge de la perspectiva de gènere.

Humana. L'escola valenciana que volem ha de ser, a més a més, una escola humana. És veritat que ha de valorar els sabers i les destreses importants per al futur, les referències culturals que ens enriqueixen des del passat i les competències que ens permeten gestionar els problemes del present. Però ha de ser, també, una escola que situe l'ésser humà en el centre de les seues preocupacions. Ha d'intentar promoure la felicitat i el benestar emocional de l'alumnat; assaciar la seua ànsia de saber sense esmor-teir-la amb propostes didàctiques rutinàries o sense sentit; afavorir la complementarietat entre la perspectiva científica i la humanística a l'hora de plantejar-se i contestar preguntes, i d'abordar problemes; fer créixer la seua autonomia instructiva i personal eliminant progressivament les bastides innecessàries que el fan dependent per a sempre; engegar i enfortir la seua capacitat crítica a l'hora de jutjar tant els sabers com el comportament de les persones, incloent-hi el propi; fer-los més solidaris i menys competitius; desenvolupar les seues capacitats d'imaginació, de creació, i de pensament original i divergent; acostumar-los a treballar en equip

per a resoldre problemes i gestionar projectes; despertar les seues ànsies de llibertat, igualtat i justícia, i encoratjar-los a lluitar per aconseguir-les; ensenyar-los el valor de l'esforç... Una escola per a les persones, per a la vida, per a la convivència, per al futur.

Escola Valenciana desenvolupa amb il·lusió la creació de l'Escola i el País fet a la mesura de les persones. Malgrat tots els entrebancs que hem trobat en el llarg camí continuem avant sense aturar-nos. Amb tot, som conscients que el País Valencià ha de tindre un finançament autònomic just i proporcional als habitants que té per construir una societat sense desigualtats i poder fer les inversions corresponents en polítiques socials. Des d'Escola Valenciana hem estudiat les dades dels Pressupostos Generals de l'Estat i hem extret conclusions com aquesta: el sistema econòmic del ministre Cristóbal Montoro provoca grans desequilibris estructurals en el País Valencià. El nostre país pateix d'un espoli històric: sols rebem 1.350 milions d'euros per any del Govern de Rajoy, que es tradueix en una inversió anual per habitant de 119€, quan la mitjana estatal se situa en els 185€ per habitant. Això és vergonyós. Cada valenciana i cada valencià rep 65 euros menys que la mitjana, cosa que agreuja les desigualtats econòmiques entre regions i es tradueix, de forma directa, en una manca d'infraestructures i serveis.

Dades dels PGE 2017



En aquest sentit, en Escola Valenciana insistim en què l'infr finançament valencià obeeix a polítiques estratègicament injustes: no té trellat que el País Valencià reba 286 euros menys per habitant que Castella i Lleó i una inversió de 123 euros inferior que La Rioja, la tercera regió amb menys densitat de població de l'Estat espanyol, precedida únicament per Ceuta i Melilla.

Amb una Escola com hem definit aconseguirem, certament, la ciutadania que consolidarà un món més humà i, per la qual cosa, un Estat del

Benestar com cal. Des d'Escola Valenciana continuarem amb la nostra tasca d'assolir la normalització del valencià en tots els àmbits perquè la nostra llengua recupere l'ús i el prestigi que li pertoca.

VII. Conclusions

A tall de síntesi, la transmissió de coneixements es desenvolupa en l'escola que, a més, constitueix un espai de reflexió i d'intercanvi d'experiències on l'alumnat aprèn a relacionar-se amb la resta de companys. Escola Valenciana promou l'educació en valors durant aquest procés de socialització dels infants per construir una ciutadania del futur solidària, humana i respectuosa amb la diversitat, a més de desenvolupar l'aprenentatge de llengües des de l'estima i l'arrelament al medi, amb el valencià com a llengua vehicular. Perquè cristal·litze aquest ideari és tan important el fons com la forma. L'alumnat ha de comptar amb unes infraestructures òptimes i amb una millora de les condicions educatives, és a dir, cal que els poders públics s'impliquen per garantir la plena capacitat de l'alumnat independentment de l'economia familiar. El Govern valencià ha de fer valdre l'educació pública, de qualitat i en valencià gràcies a la introducció de recursos econòmics i humans en les aules. L'escola no sols ha de servir com a instrument d'aprenentatge de coneixements, sinó que ha de vertebrar les ciutats com a punt neuràlgic, que desenvolupa el barri i el compromís social. Sols així, l'escola serà una institució d'ancoratge, un port de solidaritat per a les famílies i, a més, serà un factor clau per corregir les desigualtats socials i l'exclusió social.

Bibliografia

- SOLER MASÓ, Pere. *L'Educació social avui: la intervenció socioeducativa a Catalunya*, Universitat de Girona, 2005.
- ARAGAY BORRÀS, Josep M. *Les arts comunitàries des de l'educació social*.
- *L'experiència Basket Beat*, Neret Edicions.
- ALVES, Rubem. *La alegría de enseñar*, Octaedro, 1996.
- SANTOS GUERRA, Miguel Ángel. *La escuela que aprende*, Ediciones Morata, 2006.
- MONTOYA ABAD, Brauli; VILA i MORENO, F. Xavier; GOMÀRIZ i
- AURÓ, Eva. *La Revernacularització del valencià a la ciutat d'Alacant: actes de la jornada d'estudi i debat «Llengua, educació i revernacularització: el valencià a la ciutat d'Alacant»*, Alacant, 9 i 10 de març de 2007. (Col·lecció Xarxa Cruscat; 4), Institut d'Estudis Catalans, 2010.
- CANTÓN MAYO, Isabel; PINO JUSTE, Margarita. *Organización de centros educativos en la sociedad del conocimiento*, Alianza Editorial, 2014.

- BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *Cómo aprende el cerebro: las claves para la educación*, Ariel, 2011.
- SPITZER, Manfred. *Aprendizaje: neurociencia y escuela de la vida*, Omega, 2005.
- ALCARAZ, Manuel; ISABEL, Ferran; OCHOA, Josep. *Vint anys de la Llei d'Ús i Ensenyament del Valencià*, Bromera, 2003.
- TASA FUSTER, Vicenta; BODOQUE, Anselm. *Poder i llengua. Les llengües de l'ensenyament al País Valencià*, Fundació Nexa, 2016.
- PARDINES, Susanna; TORRES, Nathalie. *La política lingüística al País Valencià. Del conflicte a la gestió responsable*, Fundació Nexa, 2011.
- BUXARRAIS, M.R.; CARRILLO, I.; GALCERAN, M del M; LÓPEZ, S.; MARTÍN, M.J.; MARTÍNEZ, M; PAYÀ, M.; PUIG, J.M.; TRILLA, J.; VILAR,
- *Ètica i escola: el tractament pedagògic de la diferència*, Edicions 62, 1990.
- AYUSTE, A; ESCOFET, A.; GROS, B.; OBIOLS, N.; PAYÀ, M.; PIQUÉ, B.; RUBIO, L.; MASGRAU, M.; COMAS, A. i SANSALVADOR, M. T.
- *Instruments per a la construcció de coneixement pedagògic a partir de la transferència d'experiències d'Aprenentatge Servei*, Universitat de Barcelona, Col·lecció Omado, 2016.
- RUBIO, L. i Lucchetti, L. *Aprenentatge servei, Pau, Drets Humans i Solidaritat*.
- *Noves propostes d'Educació per a la Justícia Global*, Fundació Jaume Bofill, 2016.
- BUXARRAIS, M.R. *Finalidades y valores educativos. Perspectivas sobre la educación moral y la educación en valores. En La educación repensada. Dinámicas de continuidad y cambio*, Ediciones Pirámide, 2016.
- AMORÓS, O. *El Català com a eina de cohesió social*. L'Esclatxa, 2008, núm. 17, p. 1-2.
- AMORÓS, O. *La nova immigració i la llengua catalana* [en línia]. Butlletí del Cercle XXI (2008), núm. 6.

Conté

GABANCHO, P. «Immigració i llengua: de què parlem quan parlem d'integrar?» [en línia].

<<http://www.cercle21.org/butlleti/06/gabancho.html>>

- MILIAN I MASSANA, A. «Immigració i llengua: integrar lingüísticament la població arribada» [en línia].

<<http://www.cercle21.org/butlleti/06/milian.html>>

- AOUTTAH, A. «Entrevista a Asmaa Aouattah: els immigrants i la llengua» [en línia].

<<http://www.cercle21.org/butlleti/06/aouattah.html>>

- AZAGRA, J.; ROMERO GONZÁLEZ, Joan. *País complex: Canvi social i polítiques públiques en la societat valenciana*, Publicacions de la Universitat de València, 2007.

- BALDAQUÍ ESCANDELL, Josep M.: «La inseguretat lingüística i l'aprenentatge de les llengües minoritzades. Reflexions des del País Valencià», *Treballs de sociolingüística Catalana*, vol. 16.
- BEACCO, Jean-Claude i BYRAM, Michael (2003, edició revisada). «Guide pour l'élaboration de politiques linguistiques éducatives en Europe. De la diversité linguistique à l'éducation plurilingue». Estrasburg: Conseil d'Europa.
- BESALÚ, X.; VILA, I. *La buena educación: Libertad e igualdad en la escuela del siglo XXI*. Los Libros de la Catarata, 2007.

Enllaços als reculls de premsa

- Aumenta la desigualdad en el mundo: el 1% tiene tanta riqueza como el 99% de la población del planeta.
- Reportatge fotogràfic del New York Times: In Spain, Austerity and Hunger.
- http://www.eldiario.es/cv/val/politica/Pressupostos-Generalitat-lajustat-pressupost-Justicia_0_577092688.html
- http://www.eldiario.es/economia/presupuestos_13_629717023_9880.html
- <http://valenciaplaza.com/datos-arreglo-escolar>
- <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/08/03/valencia/1343992985.html>
- <http://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2017/02/18/educacion-destina-20-millones-sobrante/1530738.html>
- https://www.escolavalenciana.com/arxiu/upload/modelescolaquevolem/l_escola_que_volem.pdf
- <http://valenciaplaza.com/la-apertura-de-404-aulas-para-el-nuevo-curso-favorece-a-la-publica-sobre-la-concertada>

Breu resum

Aquest article palesa la necessitat de millorar les condicions socials de les persones i situa l'escola com a centre de la transformació de la societat, gràcies a la introducció de mesures que trenquen amb les desigualtats i l'exclusió. Escola Valenciana entén l'escola com a espai d'intercanvi d'experiències i suport mutu on les famílies creen xarxes socials de solidaritat. Els poders públics han de vetllar pel funcionament i el desenvolupament òptim dels centres educatius on es forma la ciutadania del futur, plurilingüe i amb valors de justícia, pau, respecte, interculturalitat, participació... que més tard donarà forma al nostre país.

Big data, investigación en salud y protección de datos personales. ¿Un falso debate?

Texto de:
Ricard Martínez Martínez¹
Director de la Cátedra de privacidad
y Transformación Digital Microsoft-Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN. II. QUE ES BIG DATA Y CÓMO FUNCIONA EN SALUD. 1. Fuentes de información. 2. Aplicaciones tecnológicas a la medicina. 3. El despliegue de Big data. III. EL CASO VISC+. IV. EL MARCO REGULADOR: ¿UN PROBLEMA? 1. El problema de la anonimización. 2. El principio de finalidad en un contexto cambiante. 3. La veracidad: la confiabilidad en el algoritmo. V. UNA ESTRATEGIA PARA EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN BIG DATA Y SALUD. 1. Ética e integridad en la investigación: la responsabilidad proactiva. 2. Protección de datos de datos desde el diseño y por defecto y análisis de impacto en la protección de datos. 3. Consentimiento: el compromiso del paciente y la comunidad. La investigación como finalidad legitimadora. 4. El contexto de la anonimización. 5. Políticas públicas, Big data e investigación en salud. VI. Resumen. VII. Bibliografía.¹

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del MINECO «El impacto del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos: análisis nacional y comparado». Referencia de Proyecto DER2015-63635-R.

I. Introducció

El impacto de las tecnologías de la información en los tratamientos de datos de salud en el contexto de la investigación ha ocupado un lugar preeminente en el debate científico y jurídico reciente. Tienen la consideración de datos sujetos a especial protección en el conjunto de la normativa sectorial aplicable². El Reglamento general de protección de datos³ los integra junto a los datos genéticos en las categorías especiales de datos personales. En origen, esta consideración deriva de la voluntad de evitar la discriminación y las prácticas eugenésicas conocidas en nuestra experiencia histórica⁴. El tratamiento de datos de salud puede impactar de manera particularmente significativa en la esfera de derechos de las personas. Así, la información sobre el estado de salud no sólo repercute sobre el derecho a la intimidad, sino que puede afectar en ámbitos como el acceso al empleo, al crédito o al aseguramiento⁵.

Sin embargo, la repercusión de las tecnologías de la información puede ser altamente positivo y es necesario abordar su impacto en la salud desde una nueva óptica. Ello obliga a renunciar a un enfoque apriorístico en el que cualquier tratamiento de datos de salud es concebido negativamente. Y este tipo de aproximación no está siendo infrecuente cuando

2. Convenio 108/1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

3. REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

4. Antes y después de la Segunda Guerra Mundial muchas personas fueron discriminadas por razón de su raza o enfermedad aplicándose en distintos países políticas eugenésicas que alcanzaron su más terrible expresión durante el III Reich. ROMANACH CABRERO, Javier y ARNAU RIPOLLÉS, Soledad «La visión de la eugenesia en el mundo occidental» en CASABÁN MOYA, Enric (Ed.): *XVI Congrés Valencià de Filosofia*, Universitat de València, València, 2006, pág. 334 y ss.

5. La Memoria explicativa del Convenio 108/1981 subraya que el tratamiento de los datos sensibles puede ser lesivo por sí mismo « 43. While the risk that data processing is harmful to persons generally depends not on the contents of the data but on the context in which they are used, there are exceptional cases where the processing of certain categories of data is as such likely to lead to encroachments on individual rights and interests. Categories of data which in all member States are considered to be especially sensitive are listed in this article». (Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data).

hablamos de Big data⁶. El diseño de proyectos para poner a disposición de la comunidad científica volúmenes masivos de datos de salud mediante técnicas de anonimización ha sido puesto en cuestión de modo significativo por la comunidad jurídica.

No se discute el deber de vigilancia que corresponde a la Ética y el Derecho. Sin embargo, la protección de datos no es un derecho de naturaleza absoluta y debe ser objeto de contraste con otros bienes y valores constitucionales relevantes. El empleo de Big data en el ámbito de la investigación, va a encontrar su sustento en la libertad de creación científica del artículo 20 de la Constitución Española. Y no conviene olvidar que nuestra Carta reconoce el derecho a la protección de la salud y la considera un elemento esencial en las políticas de bienestar. En última instancia, la investigación en salud y la política sanitaria se ordena a la preservación del bien constitucional supremo del derecho a una vida digna.

Si admitimos que Big data puede revolucionar la medicina, el debate debería abandonar cierto maniqueísmo dualista⁷ para centrarse en identificar «el cómo», y en entender que desde el punto de vista de los investigadores el empleo de esta nueva metodología constituye un im-

6. El Information Commissioner's Office ha captado con precisión el balance entre riesgos y beneficios:

« 32. How Big data is used is an important factor in assessing fairness. Big data analytics may use personal data purely for research purposes, eg to detect general trends and correlations, or it may use personal data to make decisions affecting individuals. Some of those decisions will obviously affect individuals more than others. Displaying a particular advert on the internet to an individual based on their social media 'likes', purchases and browsing history may not be perceived as intrusive or unfair, and may be welcomed if it is timely and relevant to their interests. However, in some circumstances even displaying different advertisements can mean that the users of that service are being profiled in a way that perpetuates discrimination, for example on the basis of race. Research in the USA suggested that internet searches for «black-identifying» names generated advertisements associated with arrest records far more often than those for «white-identifying» names. There have also been similar reports of discrimination in the UK, for instance a female doctor was locked out of a gym changing room because the automated security system had profiled her as male due to associating the title 'Dr' with men.»

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE: *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection*. Version: 2.0, ICO, 2017, pág. 21. Disponible en <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/>

7. Con independencia de que se apueste por la ponderación es significativo el título y subtítulo del artículo de SERRANO, Mercedes: «Big data o la acumulación masiva de datos sanitarios. Derechos en riesgo en el marco de la sociedad digital» en *DS: Derecho y salud*, Vol. 25, N°. Extra 1, 2015, págs. 51-64. Aunque la autora matiza su punto de vista se suma a aquellos que enjuiciaron negativamente el proyecto VISC+.

perativo moral⁸. Debemos ser capaces de comprender que la transformación digital supone un cambio cualitativo muy relevante superando el empleo de métodos puramente estadísticos y permitiendo una visión holística del ser humano. En 2017 el paciente es bastante más que una persona doliente que narra síntomas, o que un cuerpo objeto de análisis para determinar la dolencia y prescribir medicación. La tecnología permite una visión integral del sujeto que abarca su dimensión genómica, su historia clínica completa, el contexto socioeconómico, y el conjunto de datos disponibles sobre su enfermedad en el sistema de salud nacional y de otros países. El Internet de los Objetos facilita un seguimiento integral mediante teleasistencia y telemonitorización, y permite incidir en la vida cotidiana del paciente orientando su conducta y convirtiéndolo en partícipe del proceso asistencial y en elemento determinante para una buena medicina preventiva. La información acumulada por los sistemas de salud, y la que producen miles de periféricos conectados en tiempo real retroalimenta bases de datos esenciales para la investigación. En este contexto, las herramientas de análisis que proporciona Big data acortan los tiempos en los procesos de análisis de la información y ofrecen nuevas aproximaciones. Y todo ello, puede conducir a un contexto de investigación acelerada, de medicina asistida y participativa.

Este escenario, hace mucho más compleja la tarea del jurista. Muy tempranamente se ha puesto de manifiesto cómo una comprensión plana del derecho a la protección de datos puede comportar problemas⁹. Si reducimos la aplicación al mero silogismo, en presencia de los datos de salud, automáticamente entran en juego un conjunto de límites y prohibiciones que pueden generar un contexto particularmente desfavorable para el avance de la ciencia. Por ello, se ha defendido la necesidad de desarrollar un enfoque cualitativo que sea capaz de poner en valor tanto los riesgos como los beneficios derivados del tratamiento de información personal, e

8. Tim Kelsey, director de pacientes e información del NHS británico afirmaba en 2015 sobre el uso de estas técnicas: «Urgent action is a moral imperative. Patients are put at risk where paper is the currency of clinical practice. The evidence is clear that electronic prescribing systems which support clinicians ensure the right medicine is provided to the right person in the right quantity halve medication errors, yet only 14% of NHS hospital trusts currently deploy these systems. KELSEY Tim: «Blog NHS. (2015). Urgent action is a moral imperative». Disponible en <https://www.england.nhs.uk/2015/09/tim-kelsey-11>.

9. Esta fue uno de los argumentos medulares de la tesis doctoral defendida en 2004. Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Civitas, Madrid, 2004 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas», en IDP: *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nº. 5, 2007

integrar la interpretación jurídica en el marco del preciso contexto social, económico y tecnológico en el que se desarrollan los tratamientos¹⁰.

¿Cómo valorar el caso de un sujeto geolocalizado y monitorizado a través de una pulsera, un teléfono móvil y una videocámara? Creo que nadie objetará las ventajas que puede proporcionar la monitorización de un paciente crónico coronario y las posibilidades que puede ofrecer la detección precoz de un infarto a la hora de utilizar el medio más idóneo para la recogida del enfermo, para su transporte, y para su viaje y tratamiento posterior. Del mismo modo ¿por qué razón deberíamos por principio desconfiar del uso de las tecnologías de la información y de Big data en la investigación?¹¹

El objetivo que debe perseguir el jurista, y al que responde este artículo, consiste en tratar de poner en valor, por un lado la relevancia de la investigación en salud, y por otro evaluar su impacto en la esfera de derechos de los pacientes. Resulta necesario, definir las condiciones jurídicas que faciliten la investigación y salven vidas sin lesionar gravemente los derechos de las personas. Los investigadores en el ámbito de la salud, los

10. Véase mi intervención en el III Congreso Internacional sobre Protección de Datos de la Cátedra Google de Privacidad. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «Protección de datos y desarrollo tecnológico en un mundo global», en el *BLOG LOPD y Seguridad*, Disponible en <http://lopdyseguridad.es/proteccion-de-datos-y-desarrollo-tecnologico-en-un-mundo-global/>.

11. En este sentido resulta un significativo ejemplo el trabajo de Yasmina Soto «Datos masivos con privacidad y no contra privacidad». Se esperaría del abstract un juicio mínimamente ponderado. Sin embargo el tono lo da esta afirmación: «La capacidad actual para almacenar y procesar datos sitúa a la mayoría de la población frente a enormes riesgos volviendo ineficaces los principales mecanismos técnicos y legales que existen actualmente para proteger la privacidad. «Habrà menos intimidad, menos respeto a la vida privada, pero más seguridad», dicen las autoridades. De la mano de este imperativo se instala un régimen de seguridad al que, podemos calificar de «sociedad de control». Actualmente puede decirse que toda la sociedad funciona según el principio del «panóptico»». A la autora le preocupa PADRIS, sucesor de VISC+, ambos proyectos relacionados con la explotación de datos masivos anonimizados del Sistema Catalán de Salud, en la medida en la que «Empresas que, probablemente, utilizarían los datos para venderlos y obtener un beneficio propio, simplemente deben disponer de los medios para hacerlo y tener interés en rentabilizar la información». Además puesto que en su opinión la normativa que pretende ser implacable tanto en la Unión Europea como en España, «con la vertiginosa evolución tecnológica, en un breve transcurso de tiempo, ha acaecido obsoleta» parece que hay poco qué hacer. No encontrará el lector en este artículo ni un solo dato empírico, ni una mera referencia a las garantías que ofrece la Generalitat, ni al informe sobre cumplimiento de la Autoridad Catalana de Protecció de Dades ni a los compromisos asumidos por la entidad gestora AQUAS para el control ético y jurídico. Agitar la opinión pública, y defender el derecho fundamental a la protección de datos desde el prejuicio y la bandera de un mundo orwelliano es tremendamente sencillo. Sin embargo, puede que los enfermos crónicos, los diabéticos, o los que padecen enfermedades raras no compartan la opinión. Puede que la autora tenga razón: pero no lo prueba. Si los juristas defendemos que la nuestra es una «Ciencia» no podemos jugar en el territorio de la mera opinión, nuestro deber es ceñirnos a las pruebas y ofrecer soluciones viables desde un juicio realista y ponderado desde el conocimiento material. Véase, SOTO, Yasmina: «Datos masivos con privacidad y no contra privacidad», en *Revista de Bioética y Derecho. Dossier Monográfico del XIII Congreso Mundial de la International Association of Bioethics*, núm. 40, 2017, págs. 101-114.

operadores privados, como farmacéuticas y aseguradoras, los reguladores, y los estudiosos del Derecho debemos tener en cuenta que en esta aventura existe un valor central y prevalente: el paciente.

II. Qué es Big data y cómo funciona en salud

No es posible entender las implicaciones que desde un punto de vista jurídico y material plantea el uso de Big data sin una somera descripción de estas tecnologías. El constante crecimiento en las capacidades de procesamiento y almacenamiento que anunció Gordon Moore, no alcanza a superar los severos límites que impone analizar informaciones complejas por su variedad o volumen¹². Estas carencias vinieron a ser resueltas primero con el empleo de grandes ordenadores para el cálculo computacional y a partir de los años noventa del pasado siglo mediante sistemas de computación distribuida (GRID). Esta tecnología evolucionó hasta el conocido como Cloud Computing o computación en la nube¹³. Hoy podemos conectar clústeres de miles de ordenadores y asociar estas «granjas» en todo el mundo trabajando asociativamente, lo que incrementa de modo significativo las posibilidades tanto de almacenamiento como de procesamiento de información¹⁴.

Superado el problema de capacidad y proceso se exige ser capaces de analizar múltiples fuentes de información con estructuras y contenidos diferenciados. Aquí es donde entra en juego Big data, definido como «un paradigma para hacer posible la recopilación, el almacenamiento, la gestión, el análisis y la visualización, potencialmente en condiciones de tiempo real, de grandes conjuntos de datos con características heterogéneas»¹⁵.

Por tanto disponemos de tecnologías que facilitan el análisis masivo de información caracterizadas por lo que se han denominado las 3V del Big data: velocidad, variedad y volumen. Esta tecnología permite analizar un volumen masivo de datos, con una enorme velocidad en la recogida y procesamiento de la información y al mismo tiempo puede afrontar el análisis de

12. Más adelante se incluyen algunos ejemplos relevantes. En todo caso, a nivel global véase «What Happens in an Internet Minute in 2017?» Disponible en <http://www.visualcapitalist.com/happens-internet-minute-2017/>

13. Sobre los aspectos jurídicos de esta tecnología véase, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (ed.): Derecho y cloud computing. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

14. Véase CABALLERO, Rafael y MARTÍN, Enrique: *Las bases de Big Data*. Catarata, Madrid, 2015.

15. Directiva UIT-T Y.3600 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

una gran variedad de datos. Adicionalmente se unen por algunos teóricos dos V adicionales, la correspondiente a la posibilidad de crear valor en el uso de estas tecnologías¹⁶, y en segundo lugar la llamada veracidad. Es decir, la capacidad de obtener información verídica y útil para la toma de decisiones, aunque evidentemente esta última V es más bien discutible.

No obstante debemos entender que no se trata sólo de disponer de grandes volúmenes de datos sino de herramientas que permitan obtener información útil. Para ello se hace necesario comprender algunas características adicionales¹⁷. Se ha definido Big data como una «estadística del todo». Es un entorno no constreñido por la necesidad de elegir una muestra, lo que al menos teóricamente permite eliminar el sesgo que comporta toda elección. La segunda cuestión relevante deriva de la capacidad de combinar el conjunto de datos que usualmente nos parecería natural, o aquellos de los que disponemos, con conjuntos o subconjuntos de datos aparentemente distantes o distintos de los que habitualmente utilizaríamos. Ello permite responder a preguntas del tipo ¿sería posible ofrecer seguros de salud en función del análisis de las preferencias alimentarias manifestadas por los usuarios y por sus redes de amigos en espacios sociales de internet?¹⁸.

En tercer lugar, entran en juego un conjunto de desarrollos, denominados *machine learning*, que permiten que las máquinas analicen grandes volúmenes de datos a partir de determinados algoritmos de programación. Algunos de ellos supervisados, es decir con reglas de aprendizaje predefinidas de modo que se ha programado tanto el *input* como el esperable *output*. Pero también los hay no supervisados en los que el programa se diseña para que analice conjuntos de datos e identifique patrones¹⁹. *Ma-*

16. Véase PORTER, Michael E: «What Is Value in Health Care?» en *The New England Journal of Medicine*, December 23, 2010, págs. 2477-2481. Y MARJANOVIC Sonja, GHIGA, Ioana MIAOQING Yang and KNACK Anna: *Understanding value in health data ecosystems: A review of current evidence and ways forward*. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2017. Disponible en https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1972.html.

17. Para un análisis muy comprensible véase MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor y CUKIER, Kenneth: *Big Data*. Turner, Madrid, 2013.

18. Las respuestas que se ofrecen desde los expertos parecen ser afirmativas hasta el punto de afirmar que el dato más sensible es el código postal. Así lo afirma el prestigioso investigador Julio Mayol. Véase este debate breve en Twitter en el que afirma que las variables de código postal y educación están por delante de la genética a la hora de definir expectativas de vida. Disponible en <https://twitter.com/juliomayol/status/876341254644269057>.

19. Véanse ejemplos en el blog divulgativo de Phillips sobre innovación «Machine Learning: Inteligencia Artificial aplicada al diagnóstico médico». Disponible en <http://www.comparteinovacion.philips.es/innovacion-en-healthtech/articulos/machine-learning-inteligencia-artificial-aplicada-al-diagnostico-medico>. Y en BBVA «Las cinco tribus del 'machine learning'». Disponible en <https://www.bbva.com/es/las-cinco-tribus-del-machine-learning/>

chine learning es el soporte necesario para que, a través de herramientas de inteligencia artificial las inferencias obtenidas a partir de los modelos de análisis, sirvan para predecir y anticipar eventos futuros. La cuestión, es que la necesidad de programar uno o diversos algoritmos ordenados orientar nuestro análisis define casi una aporía. Si hasta hoy la investigación partía de una premisa que buscaba la confirmación de una hipótesis, el resultado práctico de un análisis de Big data puede comportar un resultado inesperado y cuya razón última no alcancemos a identificar. Es decir tenemos el «qué», pero se nos escapa el «por qué». Finalmente hay que sumar al fenómeno varios elementos esenciales que están incidiendo en el uso de Big data²⁰:

- El uso de los llamados datos masivos interactúa con realidades en red, es funcional al complejo entramado en red que caracteriza no sólo a las redes sociales en todas sus dimensiones, sino también a múltiples fenómenos de orden físico.
- Uno de los resultados determinantes de este tipo de herramientas consiste en ofrecer algo más que los *datawarehouse*, o los sistemas de *business intelligence*, no ofrece resultados estáticos, es capaz de proporcionar patrones dinámicos. Y ello tanto para identificar tendencias, como desviaciones. De ahí que el Big data pueda ser una herramienta indispensable para el control del fraude en el uso de servicios o beneficios vinculados a la salud...
- El ejemplo que acabo de citar plantea sólo una parte de una compleja ecuación. Big data no sólo mira al pasado, Big data se asocia a la predictibilidad y apunta al futuro.

Precisamente por ello, tanto la obtención del patrón, como sobre todo su aplicación pueden generar dudas esenciales de índole ética y jurídica²¹.

20. Originalmente referidos en otro trabajo. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «Ética Ética y privacidad de los datos», en *Monográfico sobre Big Data de la Revista FRA* nº14 (Diciembre 2015), págs. 86-91. Intervención disponible en video en <http://www.fundacionareces.tv/watch/bigdata?as=-53d296758d85927a508b46dc>.

21. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data. El contexto del Reglamento general de protección de datos.», en *Revista Dilemata*, núm. 24, 2017, págs. 151-164. Disponible en <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000105>

1. Fuentes de información

En los últimos decenios los sistemas de salud han generado grandes volúmenes de datos de todo tipo²². En este sentido, el informe «Big data en salud digital» expone con detalle cómo los registros electrónicos de salud y los registros personales de salud pueden contener información particularmente relevante²³. Los primeros contribuyen a facilitar la tarea de los profesionales para prestar la mejor atención posible proporcionando información para evaluar la condición de salud del paciente²⁴. Los registros personales pueden incluir tanto el resumen de la información e historia clínica del paciente como la administrativa, e información adicional como la procedente de *wearables*. Además facilitan la interacción del paciente con el Sistema de Salud ofreciéndole la posibilidad de acceder a sus registros; ver resultados de sus pruebas; o renovar prescripciones farmacéuticas. El citado informe ofrece un interesante resumen de fuentes relevantes para Big data en salud²⁵:

22. Eduard Martín refiere la existencia de nuevas tipologías de datos: «Los datos «nuevos» o de transición rápida: que son los datos que no podemos obtener fácilmente a través de la observación humana, ya sea por física pura, ya sea por desconocimiento o incapacidad. Muchas veces estos datos mutan rápidamente, son difícilmente relacionables fuera de su propio contexto, y son susceptibles de «amontonarse» en grandes cantidades. Estos datos, además, no se pueden poner fácilmente en relación, y son susceptibles de grandes cambios(..)»

La realidad del que conocemos como big data es la capacidad de manejar grandes cantidades de datos de diferente índole como hemos visto, pero también la potencia de poder ponerlos en conexión —independientemente de su naturaleza física— para que nos aporten «información» de valor añadido».

MARTIN LINEROS, Eduard: «El trinomio dato-información-conocimiento» en VV.AA: *Manual sobre utilidades del big data para bienes públicos*. Entimema, Madrid, 2017. Págs. 38 y 44.

23. SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en salud digital*. Fundación Vodafone, MIINETAD, RED.ES, Madrid, 2017, p.9.

24. Entre otras funcionalidades despliegan las siguientes:

- Los registros de información e historia clínica incluyen, entre otros, el registro de la historia médica, los síntomas, los resultados de los tratamientos terapéuticos, las constantes vitales, las imágenes radiológicas, los parámetros médicos básicos, los test y pruebas o las razones de la cita médica.
- Los sistemas de ayuda al diagnóstico incluyen funcionalidades como los sistemas de ayuda al diagnóstico sobre contraindicaciones; el registro de las interacciones en medicamentos o guías clínicas y mejores prácticas.
- La gestión administrativa del paciente incluye aspectos como el registro de datos administrativos o de facturación.
- Los aspectos de apoyo farmacológico incluyen tanto los listados de fármacos como el registro de prescripciones.

SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Pág. 9.

25. SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Pág. 16.

- **La web y las redes sociales (social media)**²⁶: la generación e interacción de datos de social media como Facebook, Twitter, o LinkedIn, además de la información de sitios web de salud o las aplicaciones de *smartphones*.
- **Los datos de máquina a máquina**: la información proveniente de las lecturas de los sensores, medidores y otros dispositivos²⁷.
- **Las grandes transacciones de datos**: reclamaciones de atención médica y otros registros de facturación cada vez más disponibles en formatos semiestructurados y no estructurados.
- **Los datos biométricos**: huellas dactilares, genéticos, escáner de retina, rayos X y otras imágenes médicas, la presión arterial, el pulso y lecturas de oximetría, de pulso y otros tipos similares de datos.
- **Los datos generados por los seres humanos**: datos no estructurados y semiestructurados, tales como registros médicos electrónicos (Electronic Medical Records, EMR, por sus siglas en inglés), notas de los profesionales sanitarios, correos electrónicos y documentos en papel²⁸.

Por otra parte los expertos apuntan a un nuevo modo de concebir los datos disponibles para cualquier sistema. Históricamente, en el mundo de las bases de datos relacionales, las organizaciones miraban hacia adentro. *Data Warehouse* y posteriormente *Business Intelligence*, permitían el análisis y explotación de los datos de la organización. Hoy disponemos de la posibilidad de cruzar los datos con fuentes internas no relacionales y con fuentes externas de todo tipo. Por ejemplo, las herramientas de telemedicina, o el propio paciente y su entorno social²⁹. A todo ello pueden

26. VAN DER GOOT Erik, TANEV Hristo y LINGE Jens P.: «Combining Twitter and Media Reports on Public Health Events in MedSys», en *International World Wide Web Conference*, Seoul, 2014. Disponible en <http://www2013.wwwconference.org/companion/p703.pdf>

27. GEMO Monica, LUNARDI Davide y TALLACCHINI Mariachiara: *Wearable Sensors and Digital Platforms in Health: empowering citizens through trusted and trustworthy ICT technology. TRUDI Deliverable 3.1*. Scientific and Technical Research Reports Publications, Office of the European Union, 2015.

28. Basta con verificar el contenido de la historia clínica, de acuerdo con la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, para entender el volumen de información disponible en nuestro sistema de salud. Si a ello añadimos, la información relacionada con las recetas médicas, electrónicas o no, análisis y pruebas diagnósticas o ensayos clínicos, puede fácilmente entenderse que el volumen de información disponible es sencillamente inabarcable a una escala no automatizada.

29. Ester Dyson señala que «La Salud Digital depende, al menos, de dos tipos de datos: Big data, para asociar las diferentes vivencias, genotipos, fenotipos y otros datos con las enfermedades posteriores o los tratamientos con sus curas. Y los datos menores, para tratar a los individuos de forma personal, entendiendo sus circunstancias y actitudes... y parámetros de salud. (...) Aunque las herramientas digitales per se no basten ¡nosotros también necesitamos a las personas! pueden ser útiles para todas estas tareas, sobre todo si usan los «datos menores» que permiten aprovechar Inteligencia Artificial por detrás para entender la situación y el marco mental de cada persona». FUTURE TRENDS FORUM: *Salud digital*. Madrid 2016, pág. 11. Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/salud-digital>.

añadirse datos no necesariamente personales muy relevantes, como por ejemplo variables climáticas, demográficas, económicas y sociales. Ello ofrece por primera vez en la historia una mirada holística que va más allá del enfermo que narra su dolencia³⁰.

2. Aplicaciones tecnológicas a la medicina

Las tecnologías de la información y las comunicaciones han proporcionado las herramientas necesarias para la provisión a distancia de servicios de salud³¹. Estos servicios responden a tres tipologías; 1) servicios de asistencia remota; 2) servicios de gestión administrativa; 3) servicios de telemedicina no clínicos, e integran distintas prestaciones. Algunas suponen la digitalización de servicios tradicionales, como el diagnóstico y el seguimiento. Otras han incorporado en los últimos años nuevos modelos de relación con el paciente: la simplificación de la gestión administrativa, la desaparición del papel, o campañas de prevención y concienciación mediante el teléfono

30. En 2015 un informe de la Fundación Innovación Bankinter señalaba cómo «El sistema sanitario es otro gran vertebrador que está notando la llegada del Big data. De momento lo hace como un espectador más, como si la cosa no fuera con él. Pero mientras actúa como convidado de piedra todo a su alrededor se mueve y **cambian las relaciones entre pacientes, cuidadores y profesionales sanitarios** dentro y fuera del sistema, en las comunidades de proximidad (físicas o cibernéticas) y en la unidad familiar. También lo hace el autocuidado a nivel individual, con la toma de conciencia de nuestros hábitos y de cómo podríamos mejorarlos a partir de aplicaciones y dispositivos de medición de actividad y de marcadores de salud. Aunque no quiera darse cuenta, el sistema sanitario ya se está reinventando».

FUTURE TRENDS FORUM: *Big data. El poder de los datos (Resumen ejecutivo)*. Fundación Innovación Bankinter, Madrid 2014, pág. 11. Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/bigdata>.

31. La OMS define la telemedicina como «la prestación de servicios de atención de la salud, donde la distancia es un factor crítico, por todos los profesionales de la salud que utilizan tecnologías de la información y de la comunicación para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y lesiones, la investigación y la evaluación, y para la formación continuada de los profesionales de la salud, todo en aras de avanzar en la salud de los individuos y sus comunidades».

OMS. *Global Observatory for eHealth series—Volume 2: Telemedicine; opportunities and developments in member States*. Washington: OMS, citado en SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). Big data en... Op. Cit. pág. 10.

mòvil³². Pero la telemedicina no es el único ámbito que ha experimentado una revolución según el Informe sobre Big data en salud³³:

La combinación de la genómica y el Big data apunta a que puede convertirse en una nueva revolución de la salud. (...)

Estos cambios pueden ayudar a mejorar la toma de decisiones clínicas. Por ejemplo, mediante la aplicación de técnicas de Big data se puede predecir con un mayor nivel de certeza si un individuo es más propenso o no a desarrollar una patología en función de sus factores genéticos, permitiendo anticiparse al desarrollo de la misma. Por tanto, se tendería al nuevo paradigma de medicina preventiva, seleccionando, mediante la fármaco-genética, las medicaciones más eficaces para los pacientes.

Por ejemplo, se calcula que, al ritmo actual, la cantidad de datos de genómica producidos diariamente se duplicará cada 7 meses. En 2025, esa cifra oscilará entre 2 y 40 exabytes por año, estima el equipo, en función de la tasa de duplicación y, en ese mismo año, se espera que 1.000 millones de personas tengan sus genomas completos secuenciados (Schatz, 2015).

Si atendemos a las consideraciones del Informe que se viene citando nos espera una verdadera revolución en ámbitos como la investigación clínica³⁴, la epidemiología, la monitorización y seguimiento de enfermos crónicos, la operativa clínica, y la farmacología³⁵.

32. El Informe sobre Big data y Salud destaca que «son las propias características del uso de dispositivos móviles las que pueden suponer un cambio radical en el modo en que se obtiene, almacena, procesa y transmite la información médica, permitiendo tanto la puesta en práctica de modelos de atención hasta ahora inexistentes, como las muchas oportunidades de optimización que presenta en aquellos preexistentes. De la misma manera, el uso de mHealth permite una recogida masiva de datos que abre las puertas tanto a una mayor calidad y cantidad de información que resulta básica para desarrollar modelos más eficientes y efectivos de medicina basada en la evidencia, como al análisis masivo de datos mediante tecnologías Big data». SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Pág 27.

33. SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Pág. 29.

34. El Informe cita distintos proyectos relevantes a nivel Europeo de los que aquí se citan algunos:

- Plataforma para una vida más saludable (DAPHNE).
- Uso de nuevas tecnologías para investigación médica avanzada (Linked2Safety).
- MediSYS: la Comisión Europea ha desarrollado el sistema «MediSys» como una herramienta para escanear y buscar información con el objetivo de reforzar la red de vigilancia de enfermedades transmisibles y la detección temprana de las actividades bioterroristas.

Y también en España:

- SMUFIN (Somatic Mutations Finder) es un nuevo método basado en Big data desarrollado por un equipo de investigadores españoles y publicado en Nature Biotechnology que hace posible la detección rápida y precisa de los cambios genómicos causantes de la aparición y progresión de tumores.
- Help4Mood: su objetivo es crear una herramienta de apoyo al tratamiento de la depresión mediante el seguimiento del paciente durante sus tareas diarias con una serie de sensores no intrusivos.

SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Págs. 36 a 38.

En la misma línea apuntan las previsiones de los expertos convocados por el Future Trends Forum en 2016 para reflexionar sobre salud digital. Para ellos.

«la digitalización de la salud pretende erigirse en nuevo paradigma que, a través de la innovación tecnológica, mejore el funcionamiento de los sistemas de salud donde el paciente pueda gestionar su salud con un nuevo modelo de interacción entre el médico y el paciente y entre el propio paciente y el sistema».

Entre otras tendencias se señaló el uso de avatares, -representaciones gráficas tridimensionales de los pacientes-, el amplio uso de la información genética en un contexto de medicina preventiva, la implicación con el paciente en el sentido de incidir en su conducta y de su empoderamiento,

35. McKinsey habla de una revolución en el sistema de salud norteamericano aceleradora del valor y la innovación que puede plantear beneficios desde el punto de vista del gasto ofreciendo información estratégica en el análisis profundo de la distribución del gasto farmacéutico. Puede contribuir significativamente al desarrollo de herramientas diagnósticas y la elección de dianas terapéuticas. Adicionalmente podrá contribuir al examen masivo de comportamientos del paciente ayudando a reorientar su dieta y hábitos de vida. Finalmente, la apertura de los datos del sistema de salud debería potenciar la innovación y la investigación con un volumen económico potencial de 300.000 a 450.000 millones de dólares de reducción del gasto. Véase KAYYALI Basel, KNOTT David, y Steve KUIKEN Van: «The big-data revolution in US health care: Accelerating value and innovation» en McKinsey Healthcare Systems & Services Practice, junio 2013. Disponible en <http://www.mckinsey.com/industries/healthcare-systems-and-services/our-insights/the-big-data-revolution-in-us-health-care>.

La misma compañía explica cómo Big data revolucionará la investigación de la industria farmacéutica en un escenario en el que el modelo predictivo aplicado a los procesos biológicos y los medicamentos será más sofisticado. Se acelerará e intensificará la predictividad sobre el funcionamiento de determinadas moléculas y la posibilidad de obtenerlas y modularlas. Se multiplicarán las fuentes que sirvan para identificar potenciales pacientes dispuestos a colaborar en ensayos clínicos, incluidas las fuentes sociales. Los ensayos se monitorizarán en tiempo real para identificar rápidamente síntomas relacionados con su seguridad y condiciones operativas que requieran alguna acción para evitar problemas significativos y potencialmente costosos como efectos adversos. El universo de datos disponible crece, las fuentes se multiplican, y con ello las rigideces vinculadas a conjuntos de datos limitados desaparecen. Todo ello comportaría una mayor velocidad en la investigación, el ensayo y la transferencia, una apertura a la colaboración externa más allá del estrecho marco de un único equipo y a la interacción público/privado. Acelerar los procesos de decisión basados en datos generará nuevos modelos de investigación y nuevos procesos de descubrimiento, se asociará a nuevos sensores como los *smartphones* y las aplicaciones móviles y podrá afinar el foco a partir de evidencias obtenidas del mundo real, elevará la eficiencia de los ensayos clínicos y contribuirá a una mejor gestión del riesgo y la seguridad de los mismos. Véase, CATTELL Jamie, CHILUKURI Sastry y LEVY Michael: «How big data can revolutionize pharmaceutical R&D» en *McKinsey Center for Government*, octubre 2013. Disponible en <http://www.mckinsey.com/industries/pharmaceuticals-and-medical-products/our-insights/how-big-data-can-revolutionize-pharmaceutical-r-and-d>.

En idéntico sentido Lita Sans en su Intervención en el Future Trends Forum en 2014 ponía un ejemplo muy gráfico «Watson de IBM, en asociación con la facultad de medicina de Baylor, ha descubierto seis proteínas que modifican la p53—una proteína fundamental en muchos casos de cáncer—, lo cual les ha llevado a descubrir un fármaco nuevo en cuestión de semanas. Esto es destacado, teniendo en cuenta que en los últimos 30 años, la media en la comunidad científica ha sido de un descubrimiento de una proteína diana de este tipo al año». FUTURE TRENDS FORUM: *Big data. El poder de los datos*. Fundación Innovación Bankinter, Madrid 2014, pág. 17. Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/bigdata>.

y el uso de la inteligencia artificial para la comprensión de enfermedades y diagnósticos complejos. Si bien en este último caso entendiendo que « que las máquinas cognitivas ejercerán en un futuro como asistentes virtuales de diagnóstico médico, y en ningún caso sustituirían la labor de los profesionales»³⁶. También se aportaron en este foro cuantificaciones sobre el volumen de datos que se manejan en salud por cada paciente:

- Datos clínicos: 1Tb, 10% de los resultados provienen de la atención sanitaria.
- Datos genómicos: 6Tb, suponen un 30%.
- Otros: 60% se relaciona con datos heterogéneos: medios sociales, datos de smartphones, huella digital.

En opinión de los expertos el problema reside en que el crecimiento del gasto en salud en relación con el PIB es insostenible ante el incremento de las enfermedades crónicas y la digitalización de la salud puede ser clave para conseguir una atención sanitaria de alta calidad a un precio asequible. Puede apreciarse así, cómo la tecnología ha ido cambiando sustancialmente el modo de entender la salud y está modificando los hábitos de los profesionales, de los gestores y de los propios pacientes. Un contexto de esta naturaleza obliga sin duda a plantear nuevos enfoques más allá de los meramente defensivos³⁷.

3 .El despliegue de Big data

Si consideramos el informe «Big data en salud digital», ya citado, esta tecnología permite tres tipos principales de análisis:

- **Modelos predictivos:** analizan los resultados anteriores para evaluar qué probabilidad tiene un individuo de mostrar un comportamiento

36. Russell Howard por ejemplo considera que « Los médicos del futuro van a estar asistidos por un ordenador para hacer un diagnóstico más preciso, que le permitirá cuidar mejor de la salud de los pacientes, y ahí reside el valor económico de la inversión en Salud Digital. El médico del futuro no se va a basar en decirte que enfermedad tienes, y que opciones de tratamiento existen a tu disposición. El médico del futuro te va a ofrecer una perspectiva de ti, de tu mundo, de lo que te rodea, de tu futuro, así como un índice de probabilidades de lo que va a suceder con tu cuerpo y cómo puedes elegir un camino u otro para mantener tu bienestar en salud». FUTURE TRENDS FORUM: *Salud digital*. Madrid 2016, pág. 20. Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/salud-digital>.

37. Es significativa la afirmación del Dr. Julio Mayol. En su opinión, los sistemas de salud en el S. XXI en una profunda crisis financiera desencadenada por el aumento de la población y de la expectativa de vida, la cronicidad de las enfermedades y el incremento del precio de la tecnología. Por ello propone que «Destruyamos, creativamente, el modelo de servicios sanitarios, para reconstruirlo y hacerlo mejor. La ética de la prestación sanitaria no sólo depende de la buena intención, sino también de la calidad de los resultados». Y para ello la salud digital es imprescindible. FUTURE TRENDS FORUM: *Salud digital*. Madrid 2016, pág. 16. Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/salud-digital>.

específico en el futuro con el fin de mejorar la eficacia. Esta categoría también incluye modelos que buscan patrones discriminadores de datos para responder a las preguntas sobre el comportamiento del paciente, tales como la detección de fraudes.

(...)

- **Modelos descriptivos:** describen las relaciones entre los datos para poder clasificar a los individuos en grupos. A diferencia de los modelos de predicción que se centran en predecir el comportamiento de un único individuo, los modelos descriptivos identifican diferentes relaciones entre individuos. Pero los modelos descriptivos no clasifican a los clientes según su probabilidad de tomar una acción en particular. Las herramientas de modelado descriptivo pueden ser utilizadas para desarrollar modelos simulando una gran cantidad de agentes individuales pudiendo predecir también acciones futuras.
- **Modelos de decisión:** describen la relación entre todos los elementos de una decisión, incluidos los resultados de los modelos de predicción, la decisión a tomar y el plan de variables y valores que determinan la propia decisión, con la finalidad de predecir los resultados mediante el análisis de muchas variables. Estos modelos pueden ser también utilizados para diferentes procesos de optimización³⁸.

Cada uno de estos modelos puede ayudar en planos distintos en la investigación en salud y en la gestión de los sistemas sanitarios. El Informe define un conjunto de fases de un proyecto de Big data³⁹, relevantes desde la perspectiva de la privacidad desde el diseño:

Fase	Objeto	Principio jurídico
Preguntas iniciales	Definir las preguntas que dan lugar al objeto de la investigación. En el contexto actual plantean un problema de predictibilidad ⁴⁰ .	Finalidad, proporcionalidad.
Creación del modelo	<ul style="list-style-type: none"> – Definir objetivos definitivos así como la estrategia para alcanzarlos. – Integrar un proceso completo para poder capturar, consolidar, gestionar y proteger la información necesaria. – Identificarse los recursos humanos disponibles para llevar a cabo la implementación del modelo. 	Finalidad, proporcionalidad, políticas de seguridad y perfiles de los usuarios.
Elección tecnológica	Escoger soluciones de hardware y software adecuadas.	Seguridad, transferencias internacionales de datos, encargado del tratamiento.
Implementación del modelo	<ul style="list-style-type: none"> – Obtención y almacenamiento de los datos. – Procesamiento. – Visualización. 	Legitimación para el tratamiento, consentimiento, calidad de los datos, proporcionalidad, finalidad, veracidad.

38. SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Págs. 19 y 20.

39. SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Pág. 22.

El despliegue de Big data debe ser funcional no sólo a los objetivos del proyecto sino también a los requerimientos normativos que analizaremos en el epígrafe cuarto. Las consecuencias transformadoras de este despliegue pueden ser altamente positivas⁴¹:

- **Transformación de datos en conocimiento:** Big data permite el análisis no causal de grandes volúmenes de datos que puede estructurar nuevo conocimiento, especialmente en el área de la genómica.
- **Mejora del aprovechamiento de la información:** en Big data, la información no se recoge con una finalidad inmediata. La información, por lo general, es muy sencilla de recoger, por lo tanto, la verdadera transformación consiste en qué hacer con esa información para resolver cuestiones en un futuro.
- **Salto en la investigación clínica:** la propia lógica descentralizada y distribuida de los sistemas de Big data y la creación de mayores repositorios permite una mayor capacidad de análisis. Esto se debe a los nuevos procesos de colaboración científica.
- **Nuevos instrumentos para los profesionales de la salud:** los profesionales médicos tendrán acceso a nuevo conocimiento sobre patologías, tratamientos y fármacos que redundará en una mejor y más precisa provisión de servicios, así como en una mayor preparación para cuestiones epidemiológicas.
- **Promoción del autocuidado de la salud:** la información proveniente de los biosensores favorecerá una ciudadanía más empoderada en el cuidado de su salud.

Estos efectos se materializarían en distintos ámbitos como:

- La sostenibilidad del sistema de salud:
- Una mayor calidad en la atención sanitaria.
- Una mejor adecuación de los fármacos.
- Nuevas maneras de hacer medicina, ya que «Big data será el gran impulsor de la medicina del futuro o también llamada «Medicina de las

40. Según el informe: «Como la capacidad del Big data es enorme desde el punto de vista exploratorio, la formulación de las preguntas iniciales de investigación se configura como un elemento clave para la obtención de conocimiento, pero, a su vez, implica un cambio de perspectiva en su realización. Así, mientras queda claro que sin la pregunta adecuada, los datos y el posterior procesamiento de la información apenas tienen utilidad, cabe añadir que Big data permite explorar y ver la realidad de los datos haciendo que un buen análisis sobre los mismos acabe generando nuevas preguntas que deberán buscar respuesta».
SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Pág. 22.

41. SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Págs. 29, 42 a 44, 51.

4P», esto es, hacia una medicina personalizada, predictiva, preventiva y participativa»⁴².

- Mejora de la atención a crónicos, personas con discapacidad y personas de edad avanzada.
- Desarrollo de nuevos modelos de atención en salud.
- Desarrollo de nuevos modelos de lucha contra el fraude.
- Lucha contra el fraude.

III. El caso VISC+

En 2015 el Servicio de Salud Catalán anunciaba a la Agència de Qualitat i Avaluació Sanitàries de Catalunya (AQuAS) el encargo⁴³ de desarrollar las tareas necesarias para arrancar el proyecto VISC+⁴⁴. El Proyecto presentaba sin duda unos perfiles particularmente delicados. Constituía una apuesta significativa por la investigación en salud mediante la puesta a disposición de la comunidad investigadora de una inmensa base de datos, por un esquema abierto a la colaboración público-privada y finalmente por la propia naturaleza de los datos. Ello obligaba a abordar el problema con un enfoque técnico exquisito ya que estaban en juego valores muy significativos.

Era imprescindible un enfoque riguroso que no plantease la cuestión en términos maniqueos de blanco y negro sino que ofreciese soluciones. Ese fue el prisma de la Autoritat Catalana de Protecció

42. El Dr Julio Mayol añade una quinta «P», la Poblacional (para toda la población). Considera que los resultados del uso de Big data en salud, no serán inmediatos, ni necesariamente beneficiosos. En su opinión hay que manejar ciertos retos respecto a su utilización:

- «1. Extraer conocimiento de fuentes heterogéneas y complejas.
2. Comprender notas clínicas no estructuras en su contexto correcto.
3. Gestionar adecuadamente gran cantidad de datos de imagen clínica y extraer información útil para generar biomarcadores.
4. Analizar los múltiples niveles de complejidad que van desde los datos genómicos hasta los sociales.
5. Capturar los datos de comportamiento de los pacientes, a través de distintos sensores, con sus implicaciones sociales y de comunicación.
6. Evitar los problemas de privacidad que pueden generar riesgos para los individuos».

FUTURE TRENDS FORUM: *Salud digital*. Madrid 2016, pág. 29. Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/salud-digital>.

43. RESOLUCIÓN SLT/570/2015, de 16 de marzo, por la que se hace público un encargo de gestión que formalizan el Departamento de Salud, el Servicio Catalán de la Salud y el Instituto Catalán de la Salud con la Agencia de Calidad y Evaluación Sanitarias de Cataluña. Doc Núm. 6482 (1/04/2015). Disponible en http://dogc.gencat.cat/es/pdogc_canals_interns/pdogc_sumari_del_dogc/?anexos=1&language=es_ES&numDOGC=6843&seccion=0

44. El acrónimo se corresponde con la idea de dar «más valor a la información de salud en Cataluña».

de Dades (APDCAT) con un dictamen previo impecable que abordó la cuestión como una evaluación de impacto en la protección de datos⁴⁵. El Proyecto VISC+ fue objeto de análisis por el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona⁴⁶ que cuestionó la orientación del proyecto con planteamientos que no se comparten en su totalidad, pero aportando como valor añadido fundamental un cuestionamiento del marco jurídico que en la práctica se consideró obsoleto e ineficiente.

El Observatorio parte de una premisa que evita todo posible debate posterior: la anonimización es imposible. Para ello se usa el Dictamen 05/2014 sobre anonimización del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29)⁴⁷. Y así poco hay que discutir, si «actualmente, está acreditado que la anonimización no garantiza la privacidad de los datos personales, puesto que mediante técnicas de ingeniería informática es posible volver a conectar los datos con la persona a quien pertenecen». Lo que determina una conclusión lógica: «cuestionar la validez de las iniciativas de intercambio de datos sensibles que estén basadas en técnicas de anonimización»⁴⁸.

El Observatorio plantea en el documento cuestiones muy acertadas sobre la limitación de la finalidad de los tratamientos, el consentimiento y distintos aspectos en materia de protección de datos personales, pero a la vez trufa sus consideraciones con prejuicios sobre los actores en el mundo de la investigación. Es difícil no compartir la aversión al uso comercial de los datos de salud⁴⁹ o la preocupa-

45. Dictamen núm. CNS 34/2014, Disponible en <http://www.ara.cat/2014/10/06/1225157474.pdf?hash=036f616875039fc3249f04d1e9bc7bb7bb264c47>.

46. LLÀCER, M.R., CASADO, M y BUISAN L (Coords.): *Documento sobre Bioética y Big data de salud: explotación y comercialización de los datos de los usuarios de la sanidad pública*. Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona. Barcelona, 2015. Disponible en <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/documento-sobre-bioetica-y-big-data-de-salud-explotacion-y-comercializacion-de-los-datos-de-los>.

47. Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización, de 10 de abril de 2014 (0829/14/ES WP216).

48. LLÀCER, M.R., CASADO, M y BUISAN L (Coords.): *Documento sobre Bioética y ...* OP. Cit. Págs. 33 y 35.

49. Así afirman que «Por ejemplo, ¿se cedería la base de datos de enfermos de hepatitis C para desarrollar fármacos que después se pretenderían vender a 60.000 € cada tratamiento? Justamente esta cuestión sería la clave que condicionaría hasta qué punto los clientes o usuarios finales del proyecto estarían dispuestos a contribuir. El uso abusivo y opaco de los datos personales relacionados con la salud genera desconfianza en la población que impide que esos datos se empleen de modo legítimo para fines epidemiológicos, de investigación o docencia».

LLÀCER, M.R., CASADO, M y BUISAN L (Coords.): *Documento sobre Bioética y ...* OP. Cit. Págs. 43.

ción ante experiencias previas negativas⁵⁰. Pero precisamente por eso, debe señalarse que algunas de las observaciones planteadas por el Observatorio resultan discutibles, y en especial todas aquellas que realizan un balance entre la investigación pública y la privada como alternativas casi incompatibles, como una especie de batalla entre buenos y malos.

Las conclusiones del documento resultan particularmente valiosas y ofrecen ideas sobre como encauzar jurídicamente un proyecto sobre Big data. Pero ni el Documento, ni publicaciones posteriores, entraron en el detalle de las condiciones de uso fijadas por la Generalitat en la Memoria de VISC+, y en el documento sobre «Garantías éticas para el uso de los datos»⁵¹, ni en cómo se incorporaron o no las recomendaciones de la APDCAT. El resultado práctico fue ofrecer carnaza a todos aquellos dispuestos a entrar en un debate de buenos y malos, que fue el que finalmente triunfó⁵² llevando al fracaso el proyecto y cercenando toda posibilidad de desarrollos futuros por un buen periodo de tiempo⁵³.

50. «la supuesta anonimización de datos de salud y atención sanitaria recogidos por el NHS Information Centre (NHS-IC), entre 2005 y 2013, no ha impedido que diferentes empresas hayan re-identificado a las personas a quienes hacían referencia estos datos, generando perjuicios diversos; por ejemplo en el precio de las primas de riesgo de los seguros». LLÀCER, M.R., CASADO, M y BUISAN L (Coords.): *Documento sobre Bioética y ...* OP. Cit. Pág. 44.

51. Información disponible en <http://aquas.gencat.cat/es/projectes/visc/index.html>.

52. Véase «El Parlament aprova substituir el VISC+ per un Big Data sanitari de gestió exclusivament pública». Disponible en <http://diarisanitat.cat/el-parlament-aprova-substituir-el-visc-per-una-gestio-del-big-data-sanitari-exclusivament-publica/>. «La CUP exige la «paralización inmediata» del VISC+». Disponible en https://elpais.com/ccaa/2016/01/27/catalunya/1453924193_849987.html.

53. Desde la honestidad científica no puede sino criticarse el uso maniqueo del debate público-privado en la investigación. En la investigación en salud el trasvase de experiencia en investigación básica del sector público al privado, y a la inversa mediante ensayos clínicos, o la financiación de grupos públicos de investigación con fondos privados es una práctica constante. Podemos estar de acuerdo o no con el negocio farmacéutico, y podemos exigir de los poderes públicos condiciones de negociación que resulten adecuadas y favorecedoras para la ciudadanía. Pero no es esta la cuestión nuclear. Si la investigación en Big data es valiosa debemos ofrecer soluciones jurídicamente viables.

IV. El marco regulador: ¿un problema?

El tratamiento de datos personales relativos a la salud en la investigación se inserta en un contexto regulatorio particularmente complejo cuyo análisis pormenorizado desbordaría con mucho la extensión de este trabajo⁵⁴. En este marco, el derecho fundamental a la protección de datos o la privacidad juegan un papel determinante. Esta relevancia viene dada por la propia naturaleza de la actividad y por un constante y consolidado rechazo, cuando no aversión, a una normativa que se percibe sistemáticamente como una barrera.

Así lo ha constatado el Informe Sobre Big data en salud en relación con las opiniones facilitadas por distintos expertos, incluido el autor de este trabajo⁵⁵:

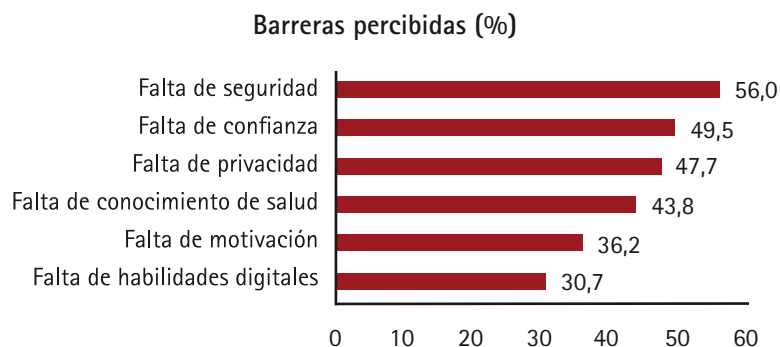
Big data precisa almacenar una enorme cantidad de datos procedentes, en su mayoría, de los pacientes. Estos datos personales son extremadamente sensibles y será preciso que la normativa que garantice los derechos en este ámbito consiga asegurar la confidencialidad de la información sin que ello suponga un freno para su propio desarrollo. En este sentido, la mayoría de los profesionales consultados muestran una cierta insatisfacción con el actual marco normativo, hasta el punto que para muchos de ellos, es la principal barrera a superar.

-
54. – Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
– Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
– Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
– Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
– Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.
– Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
– Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.

55. 55, y 57 a El Informe refiere su coincidencia con los resultados del Instituto de Prospectiva Tecnológica (IPTS) de la Comisión Europea, que en 2012 situaba la percepción de la privacidad como barrera en un 47,7%.

La cuestión es que la «privacidad», o alguno de sus elementos determinantes, se sitúa entre las principales barreras percibidas por los expertos.

Figura 2. Barreras percibidas para la salud digital



Citado por Informe sobre Big data en salud digital, pág. 59⁵⁶

Es destacable cómo para los expertos la desactualización de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal es un problema que desde luego el Anteproyecto de reforma presentado por el Gobierno de España no va a resolver⁵⁷.

56. En él se señala que:

«En concreto, los problemas de seguridad, confidencialidad y privacidad de la información están relacionados con los siguientes aspectos:

(...)

- Una **mala gobernanza de los datos**, por ejemplo, con las bases de datos en manos privadas sin las suficientes salvaguardas que no redunden en ningún beneficio concreto para el ciudadano.
- El **consentimiento informado** para tratar con la información personal de salud a través de sistemas mal diseñados y que pudiera poner en peligro la seguridad de las personas.

Una adecuada gobernanza de datos para tratar de minimizar los problemas o riesgos asociados con la confidencialidad y la privacidad de los datos deben regirse por los siguientes principios:

- Los datos de salud de los pacientes han de ser propiedad de los pacientes.
- La gobernanza de datos debe basarse en procesos robustos desarrollados para garantizar el respeto de los valores y principios en el uso de los datos, poniendo el máximo énfasis en la minimización de los posibles riesgos asociados.
- El marco normativo debe establecer las garantías adecuadas, permitir el intercambio y puesta en común de los datos anonimizados en tiempo real. (...)

SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Págs. 59 y 60.

57. Así es la Disposición Adicional Novena del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal establece que «El Gobierno en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley orgánica remitirá a las Cortes un proyecto de ley en el que establecerá condiciones adicionales y, en su caso, limitaciones al tratamiento de datos genéticos, biométricos o relativos a la salud». Véase el texto en <http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV08LO-20172401&lang=ca&fcAct=2017-07-17T14:01:17.880Z>.

Tabla 2. Nivel de acuerdo de los expertos consultados a las hipótesis planteadas sobre barreras y riesgos derivados de la implantación del Big data en salud digital

Hipótesis planteadas	Acuerdo (%)
El grado de coordinación entre la información proveniente de la salud pública y la privada es insuficiente	83,3
Existirá un problema de falta de recursos humanos especializados capaces de trabajar con aplicaciones Big data una vez éstas se generalicen	83,3
Aún deben superarse muchos problemas de interoperabilidad de datos, especialmente por lo que respecta a la interoperabilidad semántica	83,3
El mal uso de la información de los ciudadanos puede provocar un fuerte rechazo en la sociedad que frene el desarrollo de las soluciones Big data	75,0
La información proveniente de sistemas Big data no tiene el mismo rigor científico que la derivada de la aplicación de test clínicos controlados	66,7
La no causalidad de los modelos puede llevar a conclusiones erróneas debido a la presencia de variables espurias no detectadas	66,7
Aparición de nuevos riesgos de la información disponible de los ciudadanos, información perdida o robada, preeminencia de los indicadores biológicos por encima del bienestar	66,7
Un exceso de biomonitorización puede acabar provocando una pérdida de autonomía de los ciudadanos sobre sus propias vidas y decisiones	58,3
El marco normativo que rige las cuestiones de privacidad y confidencialidad en España es adecuado para la implantación del Big Data	50,0
Big data acabará favoreciendo a aquellos que están más interconectados digitalmente, aumentando las desigualdades aumentando la 'brecha digital'	16,7

Citado por Informe sobre Big data en salud digital, pág. 66

En este sentido resulta francamente llamativa la opinión manifestada por Vicki Seyfert-Margolis. Fundadora y CEO de My Own Med, Inc. que contrapone la facilidad con que facilitamos datos en redes sociales y la preocupación que nos plantea el tratamiento de datos en el ámbito de la salud⁵⁸.

En realidad, no es que la normativa sobre protección de datos sea en sí misma una barrera. Se percibe así desde el desconocimiento de las ventajas que el cumplimiento normativo puede proporcionar en términos de confianza y seguridad. Sin embargo hay que referir ciertos cuellos de botella cuyo concreto enfoque puede ser determinante.

1. El problema de la anonimización

Un argumento recurrente al hablar de Big data consiste en identificar riesgos para la privacidad asociados a la posibilidad de obtener información significativa e incluso capaz de proporcionar herramientas de control social. El antídoto para ello sería la anonimización. Disociar los datos de manera tal que no se permita la identificación de un afectado o interesado sirve para eludir riesgos y la aplicación de la normativa. Sin embargo, el Dictamen 05/2014 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29) muestra que ésta no es una operación ni sencilla, ni banal. El

58. «En el momento actual ponemos en duda quién tiene derecho de poseer y usar nuestros datos, y si lo que nos ofrecen a cambio de nuestra contribución es suficiente. Conforme Big data empieza a aplicarse en sanidad (nuestros datos más personales, podría decirse) la cuestión se está planteando como un tema de privacidad. Es irónico que a través de nuestras compras online, participación en redes sociales y la economía de las aplicaciones ya hayamos cedido una cantidad ingente de datos personales. No obstante, la salud es el catalizador que pone en duda el statu quo.

Dado el uso creciente de los sensores en dispositivos wearable (que vestimos), los historiales médicos electrónicos, las aplicaciones relativas a la salud y al bienestar, y hasta la secuenciación del genoma humano; nuestro «yo» más profundo, aquello que nos hace lo que somos, se puede capturar en tiempo real a través de un dispositivo tan sencillo como un reloj o una pulsera, o tan sofisticado como los monitores de glucosa y las bombas de insulina que han automatizado la gestión de la diabetes. Gracias a los datos se sabe dónde vamos, cuánto nos movemos, cuánto dormimos, nuestra frecuencia cardíaca y mucho más, y todo ello se viene combinando con la información de nuestros historiales médicos para definir nuestro estado de salud actual, predecir nuestra trayectoria de salud y evaluar los riesgos. Visto así, es el Big data de la persona, para la persona en su mejor versión, puesto que podemos empezar a soñar con intervenciones de salud en tiempo real y medicina preventiva en contextos hasta ahora inimaginables.

¿Y qué pasa con el contrato social? La pregunta ante nosotros como individuos y como grupo se reducirá a evaluar el riesgo y el beneficio de las decisiones más personales sobre salud, tal y como lo definan los datos. Al plantearnos la vida con Big data y sensores que calculan nuestro estado de salud, es obligatorio preguntarse: ¿cuántos datos más queremos ceder y a cambio de qué?».

FUTURE TRENDS FORUM: *Big data. El poder de los datos*. Fundación Innovación Bankinter, Madrid 2014, pág. 11. Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/bigdata>. Pág. 35.

punto de partida imprescindible para entender la posición del GT29 es el Considerando 26 de la Directiva 95/46/CE:

(26) Considerando que los principios de la protección deberán aplicarse a cualquier información relativa a una persona identificada o identificable; que, para determinar si una persona es identificable, **hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona**; que los principios de la protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado; que los códigos de conducta con arreglo al artículo 27 pueden constituir un elemento útil para proporcionar indicaciones sobre los medios gracias a los cuales los datos pueden hacerse anónimos y conservarse de forma tal que impida identificar al interesado;

Para el GT2 la anonimización constituye un tratamiento en sí misma, como tal debería ser compatible con el tratamiento original y contar con un fundamento, una base legal o contractual que la legitime. En esencia la anonimización exige:

- Que no pueda ser establecido vínculo alguno entre el dato y su titular sin un esfuerzo desproporcionado.
- Que sea irreversible.
- Que en la práctica sea equivalente a un borrado permanente.

El problema reside en que no existe un estándar comúnmente aceptado y seguro. Desde un punto de vista jurídico para el GT29 estamos ante un tratamiento ulterior para el que sería necesario:

- Disponer de un fundamento que lo legitime, como por ejemplo el interés legítimo.
- Verificar la relación de compatibilidad entre la finalidad para la recogida inicial y un tratamiento posterior como la anonimización.
- Las expectativas del titular sobre usos posteriores.
- El impacto en el titular de los datos.
- Las cautelas adoptadas por el responsable para salvaguardar los derechos de los afectados.
- El deber de cumplir con el principio de transparencia.

Sin embargo, para el GT29 desde el punto de vista de la protección de datos personales en la anonimización siempre existen riesgos:

- La persistencia de datos que permitan reidentificar.
- La posibilidad de reidentificar mediante inferencias, o por vinculación o relación (link) con otros paquetes de datos personales.
- Confundir pseudonimización y anonimización.
- Creer que la anonimización excluye el cumplimiento normativo sectorial.

Cuando la anonimización presente la menor inconsistencia, cuando mediante técnicas de inferencia, de relación con otros paquetes de datos, cuando la presencia de quasi-identificadores permita la menor reidenti-

ficación operarán en bloque las garantías de la normativa de protección de datos. Si para ello además el estándar viene dado por lo que sea capaz de hacer «cualquier otra persona, para identificar», y este cualquiera son científicos del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT)⁵⁹ podemos entender que se haya afirmado que la anonimización es imposible

2. El principio de finalidad en un contexto cambiante

Se señalaba que en el despliegue de las herramientas de machine learning existen procedimientos de aprendizaje autónomo no supervisado y cómo las fuentes de información pueden trascender la historia clínica en Big data en salud. El resultado práctico de ello podría ser la obtención de información relevante para una finalidad distinta de aquella para la que se obtuvieron los datos. Y ello pone en riesgo de modo significativo todas y cada una de las recomendaciones del GT29 que se acaban de citar.

La finalidad resulta determinante para desarrollar el juicio de proporcionalidad que se exige para asegurar un tratamiento legítimo. ¿Pero qué sucede si investigando sobre diabetes se identifican factores de riesgo conductual que producen efectos relevantes en la hipertensión del paciente? Si se aplica el razonamiento silogístico al que aludíamos más arriba resultaría un incumplimiento de la normativa sobre protección de datos. Por ello, salvo que las autoridades de protección de datos admitan que la investigación científica en salud constituye por sí misma un supuesto de interés legítimo, Big data no será viable en la Unión Europea. En principio el Reglamento general de protección de datos ofrece en sus considerandos base para sustentar tal afirmación, En principio el Considerando 50 señala que:

«Las operaciones de tratamiento ulterior con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos deben considerarse operaciones de tratamiento lícitas compatibles».

Sin embargo, el considerando 33 es más restrictivo al considerar la investigación basada en el consentimiento:

(33) Con frecuencia no es posible determinar totalmente la finalidad del tratamiento de los datos personales con fines de investigación científica en el momento de su recogida. Por consiguiente, debe permitirse a los interesados dar su consentimiento para determinados ámbitos de investigación científica que respeten las normas éticas reconocidas para la investigación científica. Los interesados deben tener la oportunidad de dar su consentimiento solamente para determinadas áreas de investigación

59. Véase DE MONTJOYE Yves-Alexandre, RADAELLI Laura, KUMAR SINGH Vivek y PENTLAND Alex «Sandy»: «Unique in the shopping mall: in the reidentifiability of credit card metadata» en Science, 30 JANUARY 2015, VOL 347 ISSUE 622, págs. 536-539.

o partes de proyectos de investigación, en la medida en que lo permita la finalidad perseguida⁶⁰.

Todo ello dibuja escenarios diversos de posible interpretación. En primer lugar, salvo habilitación legal expresa, -que recordemos tardará de dos a tres años en llegar-, los operadores en Sanidad deberían cuidarse mucho de obtener el consentimiento libre, específico, informado e inequívoco por el que el interesado acepta de modo explícito, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el uso de sus datos con fines de investigación en salud. Ello implicaría en una interpretación estricta identificar el área concreta de investigación en salud. Un segundo escenario, consistiría bien en entender que consentir para la «investigación en salud» es suficientemente específico, o bien considerar que el uso posterior de los datos para «otros fines de investigación en salud» no es incompatible.

De no manejar este tipo de criterios resultaría una paradoja singular. Si aplicamos el principio de finalidad en sentido estricto, resultaría que tal vez hubiéramos descartado el Sindenafile como principio activo adecuado

60. En cualquier caso, no debe olvidarse la necesidad de cumplir con el conjunto del Reglamento general de protección de datos:

(50) El tratamiento de datos personales con fines distintos de aquellos para los que hayan sido recogidos inicialmente solo debe permitirse cuando sea compatible con los fines de su recogida inicial. En tal caso, no se requiere una base jurídica aparte, distinta de la que permitió la obtención de los datos personales. (...) Las operaciones de tratamiento ulterior con (...) fines de investigación científica (...) deben considerarse operaciones de tratamiento lícitas compatibles. La base jurídica establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros para el tratamiento de datos personales también puede servir de base jurídica para el tratamiento ulterior. Con objeto de determinar si el fin del tratamiento ulterior es compatible con el fin de la recogida inicial de los datos personales, el responsable del tratamiento, tras haber cumplido todos los requisitos para la licitud del tratamiento original, debe tener en cuenta, entre otras cosas, cualquier relación entre estos fines y los fines del tratamiento ulterior previsto, el contexto en el que se recogieron los datos, en particular las expectativas razonables del interesado basadas en su relación con el responsable en cuanto a su uso posterior, la naturaleza de los datos personales, las consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto y la existencia de garantías adecuadas tanto en la operación de tratamiento original como en la operación de tratamiento ulterior prevista.

Si el interesado dio su consentimiento o el tratamiento se basa en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituye una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar, en particular, objetivos importantes de interés público general, el responsable debe estar facultado para el tratamiento ulterior de los datos personales, con independencia de la compatibilidad de los fines. En todo caso, se debe garantizar la aplicación de los principios establecidos por el presente Reglamento y, en particular, la información del interesado sobre esos otros fines y sobre sus derechos, incluido el derecho de oposición. La indicación de posibles actos delictivos o amenazas para la seguridad pública por parte del responsable del tratamiento y la transmisión a la autoridad competente de los datos respecto de casos individuales o casos diversos relacionados con un mismo acto delictivo o amenaza para la seguridad pública debe considerarse que es en interés legítimo del responsable. Con todo, debe prohibirse esa transmisión en interés legítimo del responsable o el tratamiento ulterior de datos personales si el tratamiento no es compatible con una obligación de secreto legal, profesional o vinculante por otro concepto.

para tratar la angina de pecho y jamás habríamos contribuido a remediar la disfunción eréctil «por protección de datos»⁶¹. El ejemplo es conscientemente jocoso, pero habrá que plantearse qué sucederá cuando usando Big data descubramos cuestiones que siendo para finalidades distintas –e ¿incompatibles?–, pongan de manifiesto la existencia de un riesgo para la vida de personas. ¿Es posible que el Regulador nos ofrezca una respuesta de tipo puramente positivista, que no positivo? ¿Enfrentaremos de nuevo análisis impecables desde un punto de vista jurídico pero contrarios a toda razón científica?⁶²

3. La veracidad: la confiabilidad en el algoritmo

Hace unos años Google pareció encontrar una metodología en la que mediante análisis de Big data, se podrían establecer correlaciones que sobre la base de las búsquedas de los usuarios permitieran identificar patrones de localización y extensión del virus de la gripe anticipadamente⁶³. Sin embargo, el proyecto no resultó tan certero y veraz como se podría imaginar y fracasó en las previsiones. Se determinó por ejemplo que el algoritmo de Google era bastante vulnerable a un ajuste por exceso de términos estacionales no relacionados con la gripe, como «baloncesto de la escuela.» Se produjeron por pura casualidad, y Google no tuvo en cuenta los cambios en el comportamiento de búsqueda a través del tiempo⁶⁴. No es extraño, por tanto que los expertos se cuestionen la llamada veracidad de Big data

«...las tres características del Big data, de volumen, de variedad y de velocidad, añadiendo la de veracidad, es decir, no nos vayamos a inventar las cosas, pero vamos a trabajar con datos seguros, porque si tú trabajas con datos malos, obtendrás resultados malos, pero esto te pasa igual con

61. BBC-Mundo: «El Viagra surgió por error». Disponible en http://www.bbc.com/mundo/ciencia_tecnologia/2010/01/100120_1215_viagra_drogas_mes.shtml?MOB

62. Véase en el Blog LOPD y Seguridad: «Datos de salud, balancing test, y riesgo social». Disponible en <http://lopdysseguridad.es/datos-de-salud-balancing-test-y-riesgo-social/>

63. Véase GINSBERG Jeremy, MOHEBBI Matthew, PATEL Rajan, BRAMME Lynnetter, SMOLINSKI Mark S. y BRILLIANT Larry: «Detecting influenza epidemics using search engine query data» en *Nature* Vol 457, 19 February 2009, doi:10.1038/nature07634 <http://dx.doi.org/10.1038/nature07634>

Los resultados de Google Flu Trends pueden verse en: https://www.google.com/publicdata/explore?ds=z3bsqef7ki44ac_ethyl=en&dl=en#lstrail=false&tbc=d&tinsel=h&tdim=country&tidim=country:FR&tfidim=country&thl=en_US&tdl=en&tind=false

64. Véase LAZER David y KENNEDY Ryan: «What We Can Learn From the Epic Failure of Google Flu Trends» en *Wired Science*. Disponible en <https://www.wired.com/2015/10/can-learn-epic-failure-google-flu-trends/> y BUTLER Declan: «When Google got flu wrong» en *Nature News*, volume 494, págs. 155-156.

ensayos clínicos de la industria farmacéutica que se están inventando o están haciendo de forma clásica, pero mal...»⁶⁵

Ello obliga a reconsiderar nuestra relación de confianza con los algoritmos y a exigir de la comunidad científica un deber extremo de rigor⁶⁶. En este sentido, se comparten plenamente las consideraciones planteadas en el marco del Future Trends Forum:

Al Big data le han quedado tres para septiembre y corre peligro de suspenderlas si no se actúa en consecuencia. La primera tiene que ver con la limpieza de los datos basura. La segunda, con la comprensión lectora y su aplicación práctica. Y la tercera con la ética y la responsabilidad. Para que estas materias no pasen de reto a obstáculo y nos hagan repetir de curso, hay que hacer una serie de deberes:

Contextualizar y limpiar. Es lo primero que hay que hacer con los datos para que sus aportes sean de calidad y no meros declarativos inútiles.

(...)

Entender y aplicar. Es la segunda tarea. Una buena comprensión lectora de los datos es clave para transmitirlos adecuadamente.

(...)

Equilibrar. Por otra parte, a la hora de recopilar estos datos médicos surge otra incógnita: ¿dónde parar? Esto tiene que ver con la tercera materia pendiente: hacer de contrapeso entre propiedad, privacidad y seguridad en una sensible balanza donde también entra en juego el concepto de propiedad y su delimitación⁶⁷.

Cada una de estas estrategias será vital para un cumplimiento normativo adecuado, al que nos referimos a continuación.

65. SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en...* Op. Cit. Pág. 62.

66. Jerry Kaplan señala que los sistemas de Inteligencia Artificial «están diseñados para lograr objetivos únicos, sin tener conocimiento ni preocupación por los efectos secundarios. (...) Los intelectos sintéticos, a medida invaden áreas que antes eran dominio exclusivo de los humanos, ajenos al contexto social más amplio, son propensos a comportarse de maneras que la sociedad consideraría repugnantes». KAPLAN, Jerry: *Abstenerse humanos*. TEELL, Zaragoza, 2016, págs. 48 y 49.

67. FUTURE TRENDS FORUM: *Big data. El poder de los datos (Resumen ejecutivo)*. Fundación Innovación Bankinter, Madrid 2014, pág. 11. Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/bigdata>.

V. Una estrategia para el cumplimiento normativo en Big data y Salud

Anteriormente se ha constatado que los expertos perciben la protección de datos como un obstáculo a la investigación en salud. El problema, visto desde la experiencia resulta particularmente grave, en la medida en la que conduce a distintos resultados dañosos. El primero consiste en operar como un elemento desincentivador de modo que en grupos de investigación precompetitivos o sin recursos suficientes puede determinar el abandono de una investigación. En otras ocasiones determina una suerte de autocensura de modo que la tendencia natural del investigador a aspirar al máximo queda coartada. Por último, puede llegar a producir un efecto paralizante cuando las cautelas se acentúan al máximo, generando un asesoramiento jurídico de naturaleza defensiva ordenado a evitar la sanción de la autoridad de protección de datos más que a hacer viable la investigación. Todo ello es evitable o resoluble. Sin embargo, la normativa se convierte en un verdadero obstáculo cuando el regulador, -sea legislador, gobierno o autoridad de protección de datos-, opera desde un enfoque reduccionista, centrado en una visión plana de jurista más apegado al Código, que a la materialidad de los tratamientos con fines de investigación científica⁶⁸.

Es indispensable por ello describir sucintamente las herramientas que el Reglamento general de protección de datos pone a nuestra disposición para abordar proyectos de Big data en salud y ofrecer una visión progresiva que parta de hacer viable la investigación en salud cuando aporta valor.

68. La cuestión posee tal relevancia que los Rectores de las Universidades Europeas llegaron a indicar expresamente a la Comisión que la redacción del Proyecto de Reglamento general de protección de datos ponía en peligro la investigación científica en salud:

«The LIBE Committee amendments alter dramatically the ability to be able to conduct medical and health research (Art. 81). The precise legal impact of the proposed amendments for scientific research across Europe is still uncertain, but the unintended consequences may be quite dramatic. It is anticipated that «at worst health research involving personal data would be illegal; at best it would be largely unworkable», as indicated in the Wellcome Trust statement».

Véase EUA Statement On the Proposal for a General Data Protection Regulation: A Potential Threat to the Advancement of Scientific Research Using Personal Data. Disponible en http://www.eua.be/Libraries/policy-positions/DPR_EUA_Position_April_2014.pdf?sfvrsn=0.

1. Ética e integridad en la investigación: la responsabilidad proactiva

La ética e integridad son fundamentales para cualquier proyecto vinculado a Big data⁶⁹. Este es un reto ineludible que debe ser afrontado desde el compromiso individual, desde la formación del personal y en la reconsideración de las estrategias a seguir en el marco de los comités de ética. Si la exigente regulación del tratamiento de datos de salud tiene por objeto último evitar la discriminación y garantizar la libertad, la ética es una precondición y su finalidad debe ser la misma, poniendo siempre por delante la dignidad del paciente y el cumplimiento normativo.

En un plano individual la «Declaración sobre integridad científica en investigación e innovación responsable» identifica en Declaraciones previas los principios de honestidad, responsabilidad, justicia (*fairness*) y rendición de cuentas (*accountability*)⁷⁰. Y a la vez propone una interesante metodología de identificación y organización de las diversas infracciones a la integridad científica, diseñada a partir de las etapas del proceso de investigación: enunciar los objetivos, delinear las metodologías y evaluar el impacto. Resulta significativo que con la experiencia previa de alguna de sus autoras en la evaluación del proyecto VISCA+ la privacidad no surja ni en una sola ocasión y sí lo haga el plagio. Especialmente teniendo en cuenta que a la fecha del documento ya se disponía de un marco definitivo, el del Reglamento general de protección de datos, que de acuerdo con el principio de protección de datos desde el diseño y por defecto, ofrece criterios viables para cada una de las fases de la planificación de la investigación.

El documento identifica causas de las conductas éticamente censurables que clasifica según los factores que las determinan (individuales, organi-

69. Sobre esta materia véase PUYOL MONTERO, Javier: «Aproximación jurídica y económica al Big Data. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, págs. 285 y ss.

70. Promovido por las Cátedras Unesco de Bioética de la Universidad de Barcelona (UB) y de la Universidad Católica Portuguesa (UCP), este documento se declara heredero e integrador de distintas Declaraciones: «Declaración de Singapur sobre Integridad en Investigación (2010) —que destaca los principios de honestidad, imputabilidad (*accountability*), cortesía profesional, justicia (*fairness*) y buena administración (*good stewardship*)—, al Código de Conducta para la Integridad en Investigación de la Fundación para la Ciencia Europea / Academias Europeas ALLEA (2010) —que valora la honestidad, confianza, objetividad, imparcialidad e independencia, apertura (*openness*) y accesibilidad, derecho al cuidado, justicia (*fairness*) y responsabilidad (*responsibility*) con respecto al futuro—, a la Declaración de Montreal sobre Integridad en Investigación (2013) —que establece diferentes niveles de responsabilidad de los socios individuales o institucionales en investigación colaborativa transfronteriza—, y a la Declaración sobre Principios en Integridad en Investigación del Consejo de Investigación Global (2013)» CASADO María, DO CÉU PATRÃO NEVES, Maria, DE LECUONA Itziar, CARVALHO Ana Sofia, ARAÚJO Joana: *Declaración sobre integridad científica en investigación e innovación responsable*. Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona-Porto, julio de 2016, págs. 49 a 51.

zativos, estructurales). De nuevo, entre ellas brilla por su ausencia la carencia de modelos de cumplimiento normativo responsable. Sin embargo se cita entre los factores organizativos uno particularmente relevante:

La falta de formación en competencias en materia de ética e integridad científica, teórica y práctica, en la que el ejemplo del supervisor es clave como modelo de comportamiento ético.⁷¹

La ética individual no es viable en un contexto en el que la carencia de formación del personal implica un rechazo profundo a las políticas de cumplimiento normativo en protección de datos. De una parte, la carencia de personal especializado, el delegado de protección de datos, eterniza el examen de viabilidad jurídica de los proyectos y a veces los hace inviables. De otra, como se afirmó, el investigador acaba percibiendo la cuestión jurídica como un obstáculo insalvable y al delegado de protección de datos como un enemigo interno. Sin una formación básica que comprometa al investigador, el resultado práctico suele ser el abandono del proyecto. Pero también se produce el desarrollo de investigaciones sin conocimiento del equipo de soporte jurídico. En tales casos, el cumplimiento normativo riguroso y las políticas de seguridad brillan por su ausencia, lo que de aplicarse, por ejemplo, el artículo 59.2.a) de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, permite a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios interrumpir en cualquier momento la realización de un ensayo clínico.

Por lo que respecta a los comités de ética hay que destacar la necesidad de actualizar las prácticas de este tipo de órganos tanto desde el punto de vista de sus competencias, como de su composición e incluso de los protocolos de funcionamiento. Estos comités adquieren gran relevancia en universidades, hospitales y otros centros de investigación al socaire de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, y en el entorno de las garantías que se establecen en la investigación con humanos. En este contexto, lo que esencialmente preocupa consiste en garantizar la integridad y la seguridad del paciente en el marco de investigaciones que pueden resultar invasivas. El sistema pivota sobre un doble pilar. Las condiciones que se imponen a la investigación, que deberá asegurar «la protección de la dignidad e identidad del ser humano con respecto a cualquier investigación que implique intervenciones sobre seres humanos en el campo de la biomedicina, garantizándose a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a la integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales». Y, en segundo lugar, la exigencia de un consentimiento informado.

71. CASADO María, ET ALII: *Declaración sobre integridad científica...*Op. Cit. Pág. 53.

De acuerdo con la Ley corresponde al comité de ética «ponderar los aspectos metodológicos, éticos y legales del proyecto de investigación». Desde la experiencia del autor, cuando la tarea del comité consiste en verificar aspectos legales usualmente se limita a constatar la presencia de modelos adecuados de consentimiento informado y muy excepcionalmente las condiciones de aplicación de elementos adicionales como declaraciones de compromiso de cumplimiento del Código Tipo de Farmaindustria⁷². Este tipo de actuación resulta insuficiente para una correcta evaluación de los proyectos de investigación en el ámbito del Big data en salud. En primer lugar, los miembros usualmente carecen de las adecuadas capacidades para verificar el impacto de un tratamiento de información personal mediante analítica de datos. En este sentido, y como puede deducirse del conjunto de este trabajo, «no basta con un impreso para el consentimiento», es fundamental haber:

- Desarrollado una estrategia previa de protección de datos de datos desde el diseño y por defecto.
- Aplicado las herramientas de análisis de impacto en la protección de datos.
- Definido políticas de seguridad.
- Verificado las condiciones de tratamiento anónimo o pseudónimo de los datos.
- Preparado una información adecuada, transparente y fácilmente comprensible facilitadora de la obtención de consentimientos.
- Documentado la existencia de condiciones de cumplimiento normativo general y sectorial del proyecto.

No es por tanto concebible un futuro adecuado para la investigación en Big data y salud sin la integración de la figura del delegado de protección de datos en los comités de ética, y si estos no establecen protocolos de cumplimiento obligatorio que garanticen la llamada protección de datos proactiva o «*accountability*». Pero este principio no sólo debe aplicarse por los responsables de los tratamientos en investigación, también le corresponde a la autoridad de protección de datos personales ofreciendo criterios y soluciones, razonables, viables y ajustadas a la realidad material de la investigación. Si el regulador no es «*accountable*» en su ejercicio cotidiano, si opera desde el autismo o el desconocimiento de la realidad, si no baja a la arena a ofrecer soluciones viables estará cercenando la

72. Código Tipo de Farmaindustria de protección de datos personales en el ámbito de la investigación clínica y de la Farmacovigilancia. Disponible en http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaldocumentacion/codigos_tipo/index-ides-idphp.php

investigación y con ello todas las oportunidades que para el país y los pacientes pudieran surgir⁷³.

2. Protección de datos de datos desde el diseño y por defecto y análisis de impacto en la protección de datos

El Reglamento general de protección de datos sitúa estos dos conceptos en el eje de las políticas de aplicación normativa al tratamiento de datos personales en el ámbito de la investigación en salud. El primero de ellos debería articularse a través de la adopción de distintas medidas que recomienda el considerando 78:

(78) ... Dichas medidas podrían consistir, entre otras, en reducir al máximo el tratamiento de datos personales, seudonimizar lo antes posible los datos personales, dar transparencia a las funciones y el tratamiento de datos personales, permitiendo a los interesados supervisar el tratamiento de datos y al responsable del tratamiento crear y mejorar elementos de seguridad. Al desarrollar, diseñar, seleccionar y usar aplicaciones, servicios y productos que están basados en el tratamiento de datos personales o que tratan datos personales para cumplir su función, ha de alentarse a los productores de los productos, servicios y aplicaciones a que tengan en cuenta el derecho a la protección de datos cuando desarrollan y diseñen estos productos, servicios y aplicaciones, y que se aseguren, con la debida atención al estado de la técnica, de que los responsables y los encargados del tratamiento están en condiciones de cumplir sus obligaciones en materia de protección de datos. Los principios de la protección de datos desde el diseño y por defecto también deben tenerse en cuenta en el contexto de los contratos públicos.

El artículo 25 RGPD define este marco de actuación al señalar que «el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados».

Para el despliegue de estas políticas es muy relevante la estrategia de *Privacy by Design* desplegada por la Autoridad de Protección de Datos de Ontario, que define 7 grandes reglas de acción a las que denomina «Principios»⁷⁴:

73. Véase en el Blog LOPD y Seguridad: «¿Es posible otra gestión de la privacidad?». Disponible en <http://lopdyseguridad.es/es-posible-otra-gestion-de-la-privacidad/>.

74 CAVOUKIAN Ann: *Privac y by Design Los 7 Principios Fundamentales*. Comisionada de Información y Privacidad Ontario, Canadá, 2011.

1. Proactivo, no Reactivo; Preventivo no Correctivo

(...) PbD no espera a que los riesgos se materialicen, (...) su finalidad es prevenir que ocurran. En resumen, Privacidad por Diseño llega antes del suceso, no después.

2. Privacidad como la Configuración Predeterminada

(...) No se requiere acción alguna de parte de la persona para proteger la privacidad – está interconstruida en el sistema, como una configuración predeterminada.

3. Privacidad Incrustada en el Diseño

La Privacidad por Diseño está incrustada en el diseño y la arquitectura de los sistemas de Tecnologías de Información y en las prácticas de negocios. (...) La privacidad es parte integral del sistema, sin disminuir su funcionalidad.

4. Funcionalidad Total – «Todos ganan», no «Si alguien gana, otro pierde»

Privacidad por Diseño busca acomodar todos los intereses y objetivos legítimos de una forma «ganar-ganar», (...).

5. Seguridad Extremo-a-Extremo – Protección de Ciclo de Vida Completo

(...) la Privacidad por Diseño se extiende con seguridad a través del ciclo de vida completo de los datos involucrados – las medidas de seguridad robustas son esenciales para la privacidad, de inicio a fin. (...)

6. Visibilidad y Transparencia – Mantenerlo Abierto

Privacidad por Diseño busca asegurar a todos los involucrados (...) Sus partes componentes y operaciones permanecen visibles y transparentes, a usuarios y a proveedores. (...)

7. Respeto por la Privacidad de los Usuarios – Mantener un Enfoque Centrado en el Usuario.

(...) Hay que mantener al usuario en el centro de las prioridades.

El despliegue de estos principios implica la adopción de un conjunto de procesos decisionales desde el diseño inicial del proyecto de investigación. El desarrollo sistemático y aplicado de estos principios desbordaría con mucho el objeto de esta publicación⁷⁵. Sin embargo, la combinación de los 7 Principios Fundamentales y el trabajo de detalle desarrollado por el Information Commissioner's Office británico⁷⁶, y el Consejo de Europa⁷⁷ puede extraerse una mínima bitácora que nos guíe en la navegación:

A. Armar y formar éticamente a nuestros equipos de investigación

Sin un esfuerzo de sensibilización previa y de generación de conocimiento es imposible el cumplimiento normativo y que la privacidad encuentre encaje en la ética de la dignidad humana que guía la investigación en salud.

B. Disponer de políticas preventivas de análisis de riesgos

Es decir, tanto cuando la investigación trate datos personales, cómo cuando se manejen datos anonimizados, parece indispensable desarrollar la evaluación de impacto en la protección de datos al que se refiere el artículo 35 RGPD. Este análisis debería tener particularmente en cuenta cómo se afecta a los derechos y libertades de los sujetos, las condiciones que garanticen la seguridad de la información y en su caso la calidad en las políticas de pseudonomización y/o anonimización que se adopten. Este análisis de riesgos no se agota en sí mismo, su resultado debe arrojar como consecuencia un modelo de cumplimiento normativo y de seguridad que rijan durante toda la vida del tratamiento en un proceso de constante retroalimentación.

75. Desgraciadamente, de fronteras adentro las pautas que se nos ofrecen en esta materia son mínimas y la ausencia de criterio determinante. Aunque no desconoce en absoluto el autor la existencia de una publicación promocionada por la Agencia Española de Protección de Datos denominada «Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos Big Data». Sin embargo, de su lectura no se desprende otra conclusión útil distinta de la necesidad de aplicar el RGPD. La Guía ha sido desarrollada por distintos operadores privados y se encuentra disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/2017/Guia_Big_Data_AEPD-ISMS_Forum.pdf.

76. INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE: *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection*. Version 2.0, 2017. Disponible en <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf>

77. CONSULTATIVE COMMITTEE OF THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO AUTOMATIC PROCESSING OF PERSONAL DATA: *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*. Council of Europe, Strasbourg, 2017.

C. Delimitar la finalidad de la investigación

Siempre que sea posible debe fijarse con precisión la finalidad que se persigue con la investigación y el área material afectada. Esta tarea será sin duda ardua, ya que cuando se investigue con datos no anonimizados o «reidentificables» será necesario ser capaces de encontrar un ámbito de finalidad lo suficientemente descriptivo como para acoger las finalidades «compatibles» previsibles. En cualquier caso, el colectivo investigador necesita que los reguladores precisen el sentido que se va a dar la previsión del Considerando 50 RGPD y si en todos los casos el uso de los datos con fines de investigación científica será un tratamiento compatible.

D. Garantizar una adecuada transparencia con el paciente y apostar por el consentimiento como elemento de legitimación de los tratamientos⁷⁸

Aunque la Ley 41/2002 permita la investigación con datos anónimos tanto las previsiones del GT29, como las resoluciones y Guías de la Agencia Española de Protección de Datos, muestran una aproximación estricta al concepto de anonimización hasta el punto de hacerla imposible. De otro lado, se ha afirmado en este trabajo que Big data puede favorecer hallazgos casuales que impliquen un deber ético de reidentificar en aras de preservar la salud del paciente⁷⁹. Por todo ello, sería conveniente desplegar una nueva estrategia en los sistemas de salud públicos, y en la salud privada, ordenados a la captación de consentimientos para la investigación en Big data que alcanzasen a cualquier modalidad de datos, -identificados, anónimos, y seudónimos-, e incluyesen permisos de reidentificación. En este proceso la transparencia, la claridad en la información y la confianza del paciente serían valores cruciales.

E. Tratar adecuadamente cuando no evitar los supuestos que conduzcan a decisiones automatizadas

Como se ha señalado más arriba la fe en el algoritmo no puede derivar en una confianza ciega. Por otra parte, la adecuada visualización y enten-

78. Para la Comisión Europea se trata de dos elementos determinantes. Véase EUROPEAN COMMISSION: Opinión núm. 26. Ethics of Information and Communication Technologies. Brussels, 2012. Pág. 61.

79. No dude el lector, que dicho tratamiento vendría legitimado sin ningún género de dudas por la prevalencia del interés superior de la salud del paciente. Desgraciadamente el Regulador, que con tanta facilidad puede encontrar fundamento para establecer excepciones al deber de informar de los abogados, no suele manifestar tanta flexibilidad en otros ámbitos. Véase Informe sobre Tratamiento por Abogados y Procuradores de los datos de las partes en un proceso. Disponible en https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/consentimiento/common/pdfs/2000-0000_Tratamiento-por-abogados-y-procuradores-de-los-datos-de-las-partes-en-un-proceso.pdf

dimiento de los resultados en sistemas de caja negra obligan a extremar el cuidado en esta materia. No parece aconsejable admitir en el estado actual de la tecnología consecuencias automatizadas sin intervención humana que las verifique y asuma la responsabilidad en el proceso de decisión, y siempre con una información muy precisa al paciente sobre el proceso que condujo a la obtención de un determinado resultado.

F. La publicación de resultados y la liberación de los datos deberían ser extremadamente cuidadosas con el cumplimiento normativo

Una interpretación adecuada del principio de protección de datos desde el diseño y por defecto, y de las previsiones del artículo 89.1 RGPD, obligan a apostar por una anonimización bastante estricta en la publicación de los resultados. Este último precepto dispone que siempre que los fines propios de la investigación puedan alcanzarse «mediante un tratamiento ulterior que no permita o ya no permita la identificación de los interesados, esos fines se alcanzarán de ese modo». Por ello, sin perjuicio, de lo que se señala a continuación en materia de anonimización, está debería ser la opción más clara cuando se compartan datos en entornos abiertos.

3. Consentimiento: el compromiso del paciente y la comunidad. La investigación como finalidad legitimadora

El citado Informe sobre Big data en salud ha puesto de relieve la aparición de un nuevo modelo de paciente participativo⁸⁰:

El ePaciente es una persona que hace uso de los servicios de salud en condiciones plenas utilizando las TIC de manera eficiente y significativa. Los ePacientes reúnen información sobre su dolencia, su diagnóstico o su tratamiento y utilizan las TIC para tratar cualquier aspecto o preocupación por su salud y comunicarse con algún actor del sistema sanitario de una forma no física, a través de la consulta online y otros medios. Algunas de sus características más relevantes son:

- El ePaciente quiere ser más participativo en la relación con su médico, está más comprometido y es mucho más activo, proactivo, participe y responsable, sobre todo a la hora de tomar decisiones. Habitualmente comparte su aprendizaje con otros pacientes.
- El ePaciente está comprometido con su enfermedad; desea controlar lo que le sucede y para ello tiene en Internet una gran herramienta de información y asesoramiento.
- El ePaciente a veces elige a su médico a través de las valoraciones u opiniones en Internet y, muy habitualmente, en las redes sociales.

80. SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (Dir.). *Big data en...* Op. Cit. Pág. 47.

- Otra de las prácticas habituales de los ePacientes es la de buscar información contrastada. Así, el 19% de los pacientes consulta estudios de facultativos sobre su enfermedad (Pew Internet, 2011).

En líneas parecidas, en el marco del grupo de trabajo sobre «Médicos y Pacientes» del Future Trends Forum dedicado a Big data se señalaba un elemento muy interesante:

«Tanto para profesionales sanitarios como para pacientes la integración de estas tecnologías supone un cambio de cultura y de comportamiento y también del rol que juegan en la atención. **No solo se ve afectada la relación entre médico y paciente sino dentro de la familia y de la comunidad.** «El papel de las comunidades -tanto físicas como en internet- es un factor de cambio decisivo porque gracias a los datos pueden darse cuenta de que algo falla y pueden actuar para modificar comportamientos poco saludables de sus integrantes»⁸¹.

Desde un punto de vista sociológico parece evidente que el paciente del Siglo XXI en España será una persona familiarizada con las redes sociales y la tecnología. Que se interesa por las políticas preventivas en salud, aunque sea con la mera banalidad de usar un programa que mida cuanto camina al día, y que suele ser alguien que busca en internet información sobre las patologías. Por tanto, se trata de una nueva generación de usuarios de la sanidad receptivos a colaborar en investigación y cuyo compromiso con los valores comunitarios es fácilmente previsible en un país con las más altas tasas de donantes de órganos, sangre y médula. Parece de sentido común apostar por un diseño de la investigación en salud con Big data cimentado sobre la base del consentimiento informado⁸² y el compromiso ciudadano.

4. El contexto de la anonimización

A lo largo de este trabajo se ha abordado el entendimiento normativo de la anonimización como una de las barreras más significativas para el uso de Big data en la investigación en salud. El regulador se ha preocupado que la exigencia del máximo rigor en esta materia se incorporase a las definiciones de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Hemos concluido que en el enfoque del GT29, y de más de un colectivo de juristas, la anonimización es más un deseo que una realidad. Y por otra parte, la Guía de la Agencia Española de Protección de Datos sobre

81. FUTURE TRENDS FORUM: *Big data. El poder de los datos...* Op. Cit. Pág.40.

82. Como señala Antoinette Rouvroy, la transparencia debe ser máxima incluyendo información sobre si los datos serán anonimizados y si existe el riesgo de reidentificación. ROUVROY Antoinette: «Of Data and Men» *Fundamental Rights and Freedoms in a World of Big Data*. Bureau of the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data Council Of Europe, Strasbourg, 2016.

«Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales» no permite albergar grandes esperanzas en un cambio de criterio⁸³. Tomemos dos ejemplos de la misma.

En primer lugar, el epígrafe 3.1 define el equipo de trabajo y recomienda tener en cuenta ciertos perfiles:

- Responsable del fichero y de la información.
- Responsables de Protección de Datos o Delegado de Protección de Datos o DPD (figura que establece el RGPD).
- Destinatario o responsable del tratamiento de la información personal anonimizada.
- Equipo de evaluación de riesgos.
- Equipo de preanonimización y equipo de anonimización.
- Equipo de seguridad de la información y del proceso de anonimización: responsable de seguridad y resto del personal involucrado en tareas de seguridad de la información (operadores de seguridad, responsables de seguridad de la información departamentales o de zona, responsables de sistemas de información, etc.), comité ético, etc.

Pero no se trata únicamente de recursos humanos. El Regulador en un trabajo técnicamente impecable señala que el proceso de anonimización es complejo y requiere de una pre-anonimización, una fase subsiguiente en la que eliminar o enmascarar las variables de identificación remanentes, el empleo de algoritmos de cifrado y sellos digitales, y a ser posible una anonimización por capas. Por otra parte, al igual que el GT29 se incluyen y recomiendan técnicas como la generalización, adición de ruido, o la segregación de datos. Y de ser posible, hay que disponer en el mundo físico de metodologías de separación de los distintos *data set* que se vayan generando. En la práctica, esto conduce a un proceso de anonimización en dos fases en la que la pre-anonimización se realiza en origen, y la anonimización irreversible acudiendo a la contratación de terceros de confianza.

83. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales*. Madrid, 2016. Disponible en <http://www.agpd.es/portaWebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/index-ides-idphp.php>.

Resulta muy interesante por su enfoque práctico orientado a salud U.S. DEPARTMENT OF HEALTH & HUMAN SERVICES (HHS): *Guidance Regarding Methods for De-identification of Protected Health Information in Accordance with the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) Privacy Rule*, 2012. Disponible en <https://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/privacy/special-topics/de-identification/index.html>

Y NATIONAL COMMITTEE ON VITAL AND HEALTH STATISTICS: *Letter to the Secretary – Recommendations on De-identification of Protected Health Information under HIPAA*, 2017. Disponible en <https://www.ncvhs.hhs.gov/wp-content/uploads/2013/12/2017-Ltr-Privacy-Deidentification-Feb-23-Final-w-sig.pdf>

La disponibilidad de personal y recursos que ello exige resulta sencillamente inalcanzable para la investigación básica en la mayoría de las universidades de este país y me atrevería a decir que en gran parte de los hospitales y sistemas de salud. Así que, mientras que el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona se permite cuestionar el recurso al sector privado en investigación en Big data en relación con el proyecto VISC+, las exigencias del regulador hacen insostenible el modelo para los grupos de investigación de tamaño reducido de las universidades públicas.

Y podría decirse, empleando una seguramente poco afortunada metáfora futbolística, que aquí el problema reside en que los reguladores «pitan el peligro». Desde la honestidad intelectual, debe reconocerse que se aceptan sin restricción alguna todas y cada una de las cautelas del GT29 y la AEPD cuando se trata de liberar datos disponibles para el conjunto de la comunidad científica. Aquí sin ninguna duda nuestra vara de medir debe coincidir con la del Considerando 26 de la Directiva y hay que actuar teniendo en cuenta las máximas capacidades de reidentificación de cualquier tercero.

Pero ¿qué sucede cuando la investigación no desborda los límites del hospital o de la relación contractual con un tercero? En tal caso, es cuando el aparato sancionador actúa de modo altamente disuasorio. Como ha demostrado el caso Omnium⁸⁴, para la Agencia Española de Protección de Datos que se traten materialmente o no los datos es irrelevante: basta con la mera identificabilidad. Es decir, en el marco de una investigación masiva con datos en salud un Hospital estaría incumpliendo la LOPD y el RGPD si segrega los identificadores en una base de datos diferenciada, y genera con los datos de las historias clínicas un data set para investigación. Esto sería un supuesto de pseudonimización y al no haber aplicado garantías de irreversibilidad sería absolutamente irrelevante si se reidentifica o no. La cuestión es que en este modo de entender la anonimización puede caerse con enorme facilidad en un tipo infractor muy grave consistente en tratar datos especialmente protegidos sin consentimiento del afectado de modo puramente objetivo, sin culpa o dolo por parte de los responsables o investigadores.

Sin embargo, podría haber otro modo de entender esta cuestión. El Gobierno Obama presentó en al menos dos ocasiones un proyecto de ley

84. Procedimiento sancionador PS/00235/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a las entidades ASSEMBLEA NACIONAL CATALANA y ÒMNIUM CULTURAL. Disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/procedimientos_sancionadores/ps_2015/common/pdfs/PS-00235-2015_Resolucion-de-fecha-18-11-2015_Art-ii-culo-7.2-9-LOPD_Recurrida.pdf.

de protección de datos, el «Consumer Privacy Bill of Rights Act»⁸⁵. En la versión de anteproyecto del Gobierno de 2015, –«Administration Discussion Draft: Consumer Privacy Bill of Rights Act of 2015», se incluía una interesante excepción al concepto de dato personal:

(2) Exceptions.—

(A) De-identified data.—The term «personal data» shall not include data otherwise described by paragraph (1) that a covered entity (either directly or through an agent)—

(i) alters such that there is a reasonable basis for expecting that the data could not be linked as a practical matter to a specific individual or device;

(ii) publicly commits to refrain from attempting to identify with an individual or device and adopts relevant controls to prevent such identification;

(iii) causes to be covered by a contractual or other legally enforceable prohibition on each entity to which the covered entity discloses the data from attempting to link the data to a specific individual or device, and requires the same of all onward disclosures; and

(iv) requires each entity to which the covered entity discloses the data to publicly commit to refrain from attempting to link to a specific individual or device.

Es decir cuando existe un compromiso público de no reidentificación aplicando los debidos controles para evitarla, –por ejemplo cuando se adoptan medidas para en el seno de una institución los investigadores no puedan acceder al *data set* que contiene los datos de identificación–, o cuando la ley o un contrato prohíben la reidentificación, sencillamente, se presume que de acuerdo con la buena fe a nadie se le ocurrirá identificar a los afectados. Por tanto, en un escenario de este estilo, el tipo infractor sólo se perfeccionaría cuando exista una conducta que en un plano volitivo o material tuviese por objeto reidentificar. Y en tal caso, la función protectora del derecho fundamental a la protección de datos no se vería menoscabada y a la vez sería posible el uso de datos disociados con fines de investigación bajo estándares más accesibles a los operadores.

85. La Administración Trump ha eliminado prácticamente todo rastro de las propuestas del Gobierno Obama. Ello obliga a remitir al lector a fuentes en ocasiones secundarias. Sobre el anuncio de esta iniciativa véase, <https://www.whitecase.com/publications/article/white-house-re-introduces-consumer-privacy-bill-rights-act>. Respecto del anteproyecto debe acudir a <https://assets.documentcloud.org/documents/1678354/cpbr-act-of-2015-discussion-draft.txt> y en lo relativo al proyecto finalmente tramitado, <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/1158/text#toc-id403c8e008cb24c28a0e6e69704034837>.

No obstante, conviene ser rigurosos y subrayar que las medidas de seguridad deberían ser suficientes y altamente exigentes, y que el estándar alto de anonimización se mantendría cuando se liberasen datos a la comunidad científica.

5. Políticas públicas, Big data e investigación en salud

A lo largo de este trabajo, se han abordado de modos muy distintos las barreras que la normativa puede plantear a la investigación con datos masivos de salud. A costa de reiterar argumentos, resulta interesante reproducir las consideraciones identificadas en un evento de Future Trends Forum sobre salud digital antes citado⁸⁶:

¿Estamos dispuestos a facilitar nuestros datos personales y sanitarios?

Actualmente, la legislación vigente en materia protección de datos no permite utilizarlos. En este sentido, uno de los grandes retos de la sociedad es obtener un marco regulador válido para el uso de Big data en el ámbito sanitario.

Para Michal Rosen- Zvi, los médicos comprometidos con el juramento hipocrático, deben ofrecer siempre los mejores cuidados al paciente. «Esto significa que, si hay que ofrecer lo mejor, hay que hacerlo con cualquier método o tecnología que sea posible».

(...)

Sara Chan afirma categórica que «los datos salvan vidas» y que el valor del Big data para la salud de las personas es innegable «saber cuántas veces abres la nevera puede servir a las decisiones médicas».

Pero al mismo Chan advierte de que «el manejo de toda esa información exige un contrato social porque lo que cada persona hace con sus datos, afecta a otros y es un asunto ético, y es importante saber cómo se gestionan los beneficios que pueden tener para la investigación, para qué y para quién se investiga, quién tiene el control».

Los expertos en privacidad deben abordar esta materia con extremo cuidado. Las herramientas jurídicas son muy limitadas y la dificultad en el enfoque máxima. Para empezar, la propia consideración de la anonimización como garantía y herramienta de exclusión de la aplicación de la normativa sobre protección de datos, ha sido puesta en cuestión por el

86. FUTURE TRENDS FORUM: *Salud digital*. Op. Cit. Págs. 32 y 33.

Para Noemí Brito la clave está en balancear innovación, competencia y protección de los derechos de las personas. Véase BRITO, Noemí: «Acceso, privacidad y ética pública en la era del big data», en VV.AA: *Manual sobre utilidades del big data para bienes públicos*. Entimema, Madrid, 2017, pág. 90 y ss.

Working Party cuyo Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización apunta a la imposibilidad de anonimizar. Por otra parte, se detectan reticencias en la colaboración con el sector privado que no pueden resultar adulteradas por el sesgo ideológico del investigador o el experto que las analice. Y finalmente, debemos plantearnos si el aparataje jurídico disponible resulta suficiente.

Nuestra tarea será crucial. Si la comunidad profesional, o el regulador, aborda esta materia desde el rechazo situará una vez más a España en el contexto del territorio hostil, en un lugar en el que no instalarse ni actuar. Si por el contrario se adopta una óptica laxa podríamos caer en algo peor, en el sacrificio de los derechos fundamentales.

Es el momento del análisis riguroso para el despliegue de políticas públicas capaces de hacer compatibles la privacidad, la investigación científica, la mejora de los sistemas de salud. Y hay que hacerlo sin posiciones apriorísticas, conciliando todos los intereses en presencia y desde el conocimiento de la realidad.

Por tanto, se impone un análisis profundo centrado en el conocimiento preciso de la realidad social, tecnológica y científica que permite una aproximación centrada en el caso que provea de soluciones operativas. En Big data ya no estamos ante el fácil expediente ludita o maniqueo del sí o del no, del bueno o del malo, nos enfrentamos ineludiblemente al reto de explicar «el cómo», y ésta es nuestra incómoda y apasionante responsabilidad.

Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales*. Madrid, 2016. Disponible en <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/index-ides-idphp.php>.
- BUTLER Declan: «When Google got flu wrong» en *Nature News*, volume 494.
- BRITO, Noemí: «Acceso, privacidad y ética pública en la era del big data, en VV.AA: *Manual sobre utilidades del big data para bienes públicos*. Entimema, Madrid, 2017.
- CASADO María, DO CÉU PATRÃO NEVES, Maria, DE LECUONA Itziar, CARVALHO Ana Sofia, ARAÚJO Joana: *Declaración sobre integridad científica en investigación e innovación responsable*. Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona-Porto, julio de 2016, págs. 49 a 51.
- CAVOUKIAN Ann: *Privac y by Design Los 7 Principios Fundamentales*. Comisionada de Información y Privacidad Ontario, Canadá, 2011.
- CABALLERO, Rafael y MARTÍN, Enrique: *Las bases de Big Data*. Catarata, Madrid, 2015.

- CATTELL Jamie, CHILUKURI Sastry y LEVY Michael: «How big data can revolutionize pharmaceutical R&D» en *McKinsey Center for Government*, octubre 2013. Disponible en <http://www.mckinsey.com/industries/pharmaceuticals-and-medical-products/our-insights/how-big-data-can-revolutionize-pharmaceutical-r-and-d>.
- CONSULTATIVE COMMITTEE OF THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO AUTOMATIC PROCESSING OF PERSONAL DATA: *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*. Council of Europe, Strasbourg, 2017.
- DE MONTJOYE Yves-Alexandre, RADAELLI Laura, KUMAR SINGH Vivek y PENTLAND Alex «Sandy»: «Unique in the shopping mall: in the reidentifiability of credit card metadata» en *Science*, 30 JANUARY 2015, VOL 347 ISSUE 622, págs. 536-539.
- EUROPEAN COMMISSION: Opinión núm. 26. Ethics of Information and Communication Technologies. Brussels, 2012. Pág. 61.
- FUTURE TRENDS FORUM: *Big data. El poder de los datos*. Fundación Innovación Bankinter, Madrid 2014. Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/bigdata>.
- FUTURE TRENDS FORUM: *Salud digital*. Madrid 2016, Disponible en <https://www.fundacionbankinter.org/ftf/tendencias/salud-digital>.
- GEMO Monica, LUNARDI Davide y TALLACCHINI Mariachiara: *Wearable Sensors and Digital Platforms in Health: empowering citizens through trusted and trustworthy ICT technology. TRUDI Deliverable 3.1*. Scientific and Technical Research Reports Publications, Office of the European Union, 2015.
- GINSBERG Jeremy, MOHEBBI Matthew, PATEL Rajan, BRAMME Lynnetter, SMOLINSKI Mark S. y BRILLIANT Larry: «Detecting influenza epidemics using search engine query data» en *Nature* Vol 457, 19 February 2009, doi:10.1038/nature07634 <http://dx.doi.org/10.1038/nature07634>
- INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE: *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection. Version: 2.0*, ICO, 2017. Disponible en <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/>
- KAPLAN, Jerry: *Abstenerse humanos*. TEELL, Zaragoza, 2016, págs. 48 y 49.
- KAYYALI Basel, KNOTT David, y Steve KUIKEN Van: «The big-data revolution in US health care: Accelerating value and innovation» en *McKinsey Healthcare Systems & Services Practice*, junio 2013. Disponible en <http://www.mckinsey.com/industries/healthcare-systems-and-services/our-insights/the-big-data-revolution-in-us-health-care>.
- KELSEY Tim: «Blog NHS. (2015). Urgent action is a moral imperative». Disponible en <https://www.england.nhs.uk/2015/09/tim-kelsey-11>.

- LAZER David y KENNEDY Ryan: «What We Can Learn From the Epic Failure of Google Flu Trends» en *Wired Science*. Disponible en <https://www.wired.com/2015/10/can-learn-epic-failure-google-flu-trends/>
- LLÀCER, M.R., CASADO, M y BUISAN L (Coords.): *Documento sobre Bioética y Big data de salud: explotación y comercialización de los datos de los usuarios de la sanidad pública*. Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona. Barcelona, 2015. Disponible en <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/documento-sobre-bioetica-y-big-data-de-salud-explotacion-y-comercializacion-de-los-datos-de-los>
- MARJANOVIC Sonja, GHIGA, Ioana MIAOQING Yang and KNACK Anna: *Understanding value in health data ecosystems: A review of current evidence and ways forward*. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2017. Disponible en https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1972.html.
- MARTIN LINEROS, Eduard: «El trinomio dato-información-conocimiento» en V.A.A: *Manual sobre utilidades del big data para bienes públicos*. Entimema, Madrid, 2017.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Civitas, Madrid, 2004
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas», en IDP: *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nº. 5, 2007
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «Ética Ética y privacidad de los datos», en *Monográfico sobre Big Data de la Revista FRA* nº14 (Diciembre 2015), págs. 86-91.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data. El contexto del Reglamento general de protección de datos.», en *Revista Dilemata*, núm. 24, 2017, págs. 151-164. Disponible en <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000105>
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «Protección de datos y desarrollo tecnológico en un mundo global», en el *BLOG LOPD y Seguridad*, Disponible en <http://lopdyseguridad.es/proteccion-de-datos-y-desarrollo-tecnologico-en-un-mundo-global/>.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor y CUKIER, Kenneth: *Big Data*. Turner, Madrid, 2013.
- NATIONAL COMMITTEE ON VITAL AND HEALTH STATISTICS: Letter to the Secretary – Recommendations on De-identification of Protected Health Information under HIPAA, 2017. Disponible en <https://www.ncvhs.hhs.gov/wp-content/uploads/2013/12/2017-Ltr-Privacy-Deidentification-Feb-23-Final-w-sig.pdf>
- PORTER, Michael E: «What Is Value in Health Care?» en *The New England Journal of Medicine*, December 23, 2010, págs. 2477-2481.
- PUYOL MONTERO, Javier: «Aproximación jurídica y económica al Big Data. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, págs. 285 y ss.

- ROMAÑACH CABRERO, Javier y ARNAU RIPOLLÉS, Soledad «La visión de la eugenesia en el mundo occidental» en CASABÁN MOYA, Enric (Ed.): *XVI Congrés Valencià de Filosofia*, Universitat de València, València, 2006.
- ROUVROY Antoinette: «Of Data and Men» *Fundamental Rights and Freedoms in a World of Big Data*. Bureau of the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data Council Of Europe, Strasbourg, 2016.
- SAN SEGUNDO ENCINAR, JOSE MARÍA (DIR.). *Big data en salud digital*. Fundación Vodafone, MINETAD, RED.ES, Madrid, 2017.
- SERRANO, Mercedes: «Big data o la acumulación masiva de datos sanitarios. Derechos en riesgo en el marco de la sociedad digital» en *DS: Derecho y salud*, Vol. 25, N°. Extra 1, 2015, págs. 51-64.
- SOTO, Yasmina: «Datos masivos con privacidad y no contra privacidad», en *Revista de Bioética y Derecho. Dossier Monográfico del XIII Congreso Mundial de la International Association of Bioethics*, núm. 40, 2017, págs. 101-114.
- U.S. DEPARTMENT OF HEALTH & HUMAN SERVICES (HHS): *Guidance Regarding Methods for De-identification of Protected Health Information in Accordance with the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) Privacy Rule*, 2012. Disponible en <https://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/privacy/special-topics/de-identification/index.html>
- VAN DER GOOT Erik, TANEV Hristo y LINGE Jens P.: «Combining Twitter and Media Reports on Public Health Events in MedISys», en *International World Wide Web Conference*, Seul, 2014. Disponible en <http://www2013.wwwconference.org/companion/p703.pdf>

Resumen

El uso de Big data ha supuesto un cambio cualitativo profundo para la investigación en salud. Ofrece la oportunidad de explotar décadas de datos de millones de pacientes acumulados en las bases de datos de los sistemas de salud y explotar la información disponible para tareas como identificar patrones, simular experimentos y analizar grandes volúmenes de datos personales. Esta tecnología puede suponer un cambio de paradigma para la investigación en salud y la gestión de la sanidad, pero plantea interrogantes desde el punto de vista del derecho fundamental a la protección de datos. El artículo propone un enfoque proactivo que concilie los intereses en presencia y contribuya al desarrollo de la investigación en salud.

PALABRAS CLAVE: Big data, investigación, salud, protección de datos, privacidad, Reglamento general de protección de datos.

La influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración de la acción concertada en los servicios sociales

Texto de:
Luis Manent Alonso
Abogado de la Generalitat
Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS. A) Delegación de la misión social. B) Compensación financiera pública. III. LA ACCIÓN CONCERTADA. A) Rasgos propios. B) Distinción de los contratos a las personas. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

«Uno de los temas más sensibles y debatidos en Europa, sobre todo en el ámbito del Derecho público es y viene siendo desde hace unos cuantos años el de la regulación de los (...) servicios públicos»¹. La incorporación de España a la Unión Europea ha provocado la liberalización de un buen número de servicios públicos (telecomunicaciones, transportes, etc.). Buena parte de ellos se integran en la categoría comunitaria de los servicios de interés económico general (SIEG). Los SIEG se contraponen a los servicios sociales de interés general (SSIG). Estos últimos no tienen vocación co-

1. FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda: «El servicio público en la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pág. 70.

mercial. Nos estamos refiriendo a ámbitos relacionados, entre otros, con la educación obligatoria, la sanidad y los servicios sociales *stricto sensu*. Como puso de manifiesto la Comisión Europea en su Libro Blanco sobre los servicios de interés general (SIG) de 12 de mayo de 2004, es necesario garantizar una combinación armoniosa de mecanismos de mercado y misiones de servicio público. La existencia de unos servicios de interés general de calidad y asequibles a todos los ciudadanos forma parte del modelo social europeo. Para ello «la prestación de servicios de interés general puede gestionarse en concertación con el sector privado o encomendarse a empresas públicas o privadas»².

Esta idea madre, alumbrada por la Comisión en 2004, es el origen próximo de las leyes autonómicas reguladoras de la acción concertada en los servicios sociales, entendida como fórmula no contractual para la prestación de servicios públicos. Unos años antes el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ya había puesto los cimientos para que esta figura no contractual pudiera convertirse en una realidad. La STJUE *Sodemore* de 17 de junio de 1997 sentenció que los Estados miembros podían considerar que un determinado servicio de carácter social debe ser prestado preferente o únicamente por entidades sin ánimo de lucro³.

El vínculo no contractual y la reserva o preferencia en favor de entidades sin ánimo de lucro son los dos ejes a partir de los cuales gira la normativa de la acción concertada, no solo en los servicios sociales sino también en el ámbito sanitario. Estos son los sectores sobre los que se ha proyectado, en España, la acción concertada. Ambos, junto con los servicios educativos, conforman los «servicios a las personas» a que se refieren las Directivas de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, concesiones y sectores excluidos, conocidas como las Directivas de contratos públicos de cuarta generación⁴.

En las siguientes páginas analizaremos qué son los servicios a las personas y sus modos de gestión con intervención de particulares, a saber, la vía contractual y la acción concertada. La opción por una u otra tiene importantes consecuencias, en particular el sometimiento o no a la legislación de contratación pública. Por este motivo, haremos especial hincapié

2. Apartado 2.2 del Libro Blanco sobre los servicios de interés general de 12 de mayo de 2004, COM (2004) 374 final.

3. Cfr. par. 34 STJUE *Sodemore* de 17 de junio de 1997 (C-70/95).

4. Nos estamos refiriendo a las Directivas 2014/23, 24 y 25 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sobre contratación pública, y relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

en los criterios que individualizan a esta y que permiten diferenciarla de los contratos para la gestión de servicios públicos.

II. Los servicios a las personas

«La salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado» de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁵. A las actuaciones que procuran directamente estos bienes, tengan o no naturaleza contractual, se les conoce como servicios a las personas. Estos servicios «presentan una o varias de las siguientes características organizativas:

- Funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad (...);
- Carácter polivalente y personalizado (...);
- Ausencia de ánimo de lucro (...);
- Participación de voluntarios (...);
- Integración marcada en una tradición cultural (...);
- Relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación "normal" de tipo proveedor-consumidor»⁶.

En la esfera de los servicios sociales, entre otros, participan de estas notas, los servicios relacionados con la protección de menores, la dependencia y las residencias de la tercera edad. Para comprender sus singularidades es de sumo interés la comunicación de la Comisión sobre los servicios sociales de interés general en la Unión Europea de 26 de abril de 2006. A ella nos referiremos como la Comunicación o la Comunicación de 26 de abril de 2006.

De acuerdo con la Comunicación, los servicios a las personas pueden prestarse directamente por la Administración. También por contratistas (delegados de la misión social) o colaboradores (recurso a una compensación financiera pública). Adicional o alternativamente, los poderes públicos pueden ordenar jurídicamente estos servicios (recurso a la regulación del mercado)⁷. En siguientes páginas nos ceñiremos al análisis de

5. Par. 44 STJUE *Blanco Pérez y Chao Gómez* de 1 de junio de 2010 (C- 570/07).

6. Ap. 1.1 de la Comunicación de la Comisión sobre los servicios sociales de interés general en la Unión Europea de 26 de abril de 2006, COM (2006) 177 final.

7. Ap. 2.2 de la Comunicación.

los contratistas y colaboradores de la Administración⁸, dejando de lado el recurso a la regulación del mercado por no incidir directamente en el objeto de este comentario, la acción concertada.

A. Delegación de la misión social

Esta expresión es homologable, siguiendo nuestras categorías de la actividad administrativa, a la actividad prestacional o de servicio público, gestionada indirectamente⁹.

Los poderes públicos pueden gestionar un SSIG de su competencia -y en particular los denominados servicios a las personas- encomendando su realización a un tercero a cambio de un precio. Para ello, utilizando la terminología de la Comunicación, se puede «confiar la misión a un socio exterior o cooperar con el sector privado»¹⁰. Es posible recabar servicios (contrato público) o crear un marco de colaboración público-privada (concesión, sociedad de economía mixta, etc.). «En estos casos, el organismo público que atribuye a un organismo exterior una misión social de interés general debe, como mínimo, respetar los principios de transparencia, igualdad de trato y proporcionalidad. Por añadidura, en determinados casos las Directivas de contratos públicos imponen también obligaciones más concretas»¹¹.

Por lo tanto, puede decirse que el Derecho comunitario habilita a los Estados miembros para establecer un régimen jurídico *ad hoc* para los servicios a las personas.

Sentada esta regla general, merece la pena abordar brevemente dos aspectos concretos en la contratación de los servicios a las personas: la reserva o preferencia a ciertas entidades, en particular las que carezcan de ánimo de lucro, y los contratos de servicios sociales y otros servicios es-

8. La delegación de la misión social, el recurso a la compensación financiera pública y la regulación de mercado coinciden en grandes líneas con la división clásica de la actuación administrativa en actividad prestacional o de servicio público, fomento o incentivadora y ordenación o policía.

9. La idea de servicio público surge en Francia en el tránsito de los siglos XIX y XX. Destaca, entre otros, la aportación de HARIOU, quien entendía que el servicio público era una de las formas de actividad administrativa, la referida a una actuación de prestación de titularidad pública, regida por normas de Derecho público. Mediante los servicios públicos se garantizaba lo que FORSTHOFF denominó *Daseinsvorsorge* y nosotros hemos traducido como «procura existencial» o «procuración de los supuestos existenciales». Para más información puede consultarse MESTRE DELGADO, Juan Francisco: «La actividad prestacional o de servicio público», *Lecciones y materias para el estudio del Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 122-124.

10. Ap. 2.2.1 de la Comunicación.

11. Ap. 2.2.1 de la Comunicación.

pecíficos en las Directivas de cuarta generación y la Ley de contratos del sector público (LCSP)¹². Nos servirán para describir la acción concertada.

1. *Reservas o preferencias a ciertas entidades*. A juicio del TJUE, la limitación o el establecimiento de prioridades a la hora de adjudicar servicios a las personas en favor de determinados contratistas no vulnera las libertades de establecimiento y prestación de servicios del TFUE¹³. «En el estado actual del Derecho comunitario, un Estado miembro puede (...) considerar que un sistema de asistencia social (...), implica necesariamente, para alcanzar sus objetivos, que la admisión en dicho sistema de operadores privados en calidad de prestadores de servicios de asistencia social esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo»¹⁴. Si es posible restringir los operadores, también lo será otorgarles alguna ventaja o preferencia, *a maiore ad minus*¹⁵. Es preciso, no obstante, invocar una circunstancia objetiva que aconseje dicha restricción, la cual debe estar anclada en una norma que previamente lo haya apreciado. Así resulta de las Directivas de cuarta generación¹⁶. Como ha señalado el TJUE, lo determinante -tanto para establecer una preferencia como una reserva- es que esta limitación «no puede colocar a las sociedades con ánimo de lucro de otros Estados miembros en una situación de hecho o de Derecho desven-

12. Ley 9/2017, de 6 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014.

13. Como es sabido, «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (...) quedarán sometidas a las normas (...) sobre competencia, [solo] en la medida en que (...) no [se] impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada» (art. 106.2 TFUE). El art. 106.2 TFUE introduce un principio de excepción al Derecho de la competencia comunitario. El TJUE, realizando una aplicación de este precepto a los servicios a las personas, ha sentenciado que no es desproporcionado exigir que los mismos solo sean encomendados a entidades sin ánimo de lucro.

14. Par. 32 STJUE *Sodemore* de 17 de junio de 1997 (C-70/95).

15. Cfr. STJUE *Spezzino* de 11 de diciembre de 2014 (C-113/13).

16. Una restricción de este tipo, contemplada en el art. 77 de la Directiva 2014/24/UE, «requiere de norma de transposición al dejar a los Estados miembros que dispongan que los poderes adjudicadores están facultados para realizar la reserva [o preferencia] para participar en las licitaciones públicas a determinadas organizaciones» (pág. 48 del documento de estudio, de 1 de marzo de 2016, de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública sobre los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos del sector público).

tajosa respecto de las de las sociedades con ánimo de lucro del Estado miembro de establecimiento»¹⁷.

2. *Contratos de servicios sociales y otros servicios específicos*. Partiendo de la jurisprudencia del TJUE, las Directivas de cuarta generación dedican unas disposiciones especiales para los «contratos de servicios sociales y otros específicos»¹⁸. Algunos de ellos, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos -conocidos como servicios a las personas-, «siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada»¹⁹. Ello justifica, en primer lugar, el establecimiento de un umbral de armonización mayor²⁰. También el sometimiento únicamente a unas pautas de publicidad, la libertad de los Estados para diseñar unos procedimientos de adjudicación *ad hoc*, la señalización de unos principios de adjudicación específicos, y la facultad de reservar estos contratos a ciertas entidades.

Como afirma GIMENO, la normativa comunitaria «habilita un tratamiento diferenciado de estas actividades, alejada de una perspectiva económica o de mercado»²¹. «Hay pues un llamado directo a los legisladores nacionales para establecer una regulación *ad hoc* que garantice los valores propios de estos servicios (calidad, continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad)»²². La LCSP ha hecho un uso limitado de las facultades que le otorgan las Directivas de cuarta generación²³.

17. Par. 32 STJUE *Sodemore* de 17 de junio de 1997 (C-70/95).

18. Art. 74 y anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE.

19. Considerando 114 de la Directiva 24/2014/UE.

20. 750.000 € en los contratos de servicios ex art. 4 d) Directiva 24/2014/UE.

21. GIMENO FELIU, José María: «La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales», *Observatorio de la Contratación Pública*, 11 de mayo de 2015. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/chk.2db1ece0e8318b305b9c49e70f9ca1ec>

22. LAZO VITORIA, Ximena: «La figura del "concierto social" tras las Directivas europeas de contratación pública», *Observatorio de la contratación pública*, 11 de noviembre de 2016. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relmenu.3/chk.f0436a9e-89d3e7a01a9c98034b4d3dca>

23. Los servicios a las personas pueden instrumentalizarse como contratos de servicios o concesiones de servicios. Sus principales singularidades se encuentran en el umbral de armonización (art. 22.1c LCSP), el procedimiento ordinario de adjudicación (art. 131.2 LCSP), el nuncio de información previa (art. 134.6 *in fine*, art. 135.5 y DA 36 LCSP), la modificación del contrato (art. 207.3 LCSP) y la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones (DA 48 LCSP).

B. Compensación financiera pública

Tal y como advierten las Directivas de cuarta generación, «los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para (...) organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios»²⁴. Por ello, junto con la delegación de la misión social, es posible fomentar la prestación de servicios a las personas mediante el recurso a una compensación financiera pública²⁵.

A partir de esta «declaración formal de que tales servicios pueden prestarse igualmente mediante fórmulas no contractuales»²⁶, varias CC.AA. han aprobado normas con fuerza de ley reguladoras de la acción concertada en los servicios sociales²⁷. La primeras de ellas fue la Región de Murcia. Con posterioridad las Cortes Generales les han dado carta de naturaleza al reconocer que la LCSP «no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social»²⁸.

A estas normas dedicamos el siguiente epígrafe. Excluimos determinados «conciertos sociales», los previstos en las leyes asturiana, gallega y balear

24. Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE.

25. Precisamente por ello deberá tenerse en cuenta la decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, C (2011) 9380.

26. LAZO VITORIA, Ximena: «La figura del «concierto social» tras las Directivas europeas de contratación pública», *cit*.

27. En particular merece la pena destacar las siguientes normas con fuerza de ley reguladoras de la acción concertada en los servicios sociales:

- 1) Arts. 25 bis a 25 octies de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia (LSSMur), redactados por la Ley 16/2015, de 9 de noviembre.
- 2) Decreto-ley 1/2016, 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. Su tramitación como proyecto de ley ha dado lugar a la Ley 11/2016, de 15 de diciembre (LACAr).
- 3) DD.AA. 3 y 4 del Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de la Generalitat de Cataluña, de medidas urgentes en materia de contratación pública (DLCat).
- 4) Arts. 62 a 68 de la Ley 5/1997, de 25 de junio, de la Generalitat, por la que se regula el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana (LSSVal), redactados por la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.
- 5) Arts. 101 a 107 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios Sociales de Andalucía (LSSAnd).

28. DA 49 LCSP.

de servicios sociales²⁹. Estos se conciben como una «modalidad contractual diferenciada de la del concierto general recogido en la norma general de contratos del sector público»³⁰.

III. La acción concertada

Nominalmente la acción concertada engarza con los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades privadas de interés público³¹. A través de ellos se articulaban los planes de desarrollo de la década de los sesenta del siglo pasado³². Estos instrumentalizaron la «acción concertada» que modernizó España. Las normas autonómicas de acción concertada, sin embargo, no entroncan con estos convenios sino con la compensación financiera pública de la Comunicación. Como se afirma en ella, «una autoridad pública puede decidir compensar las cargas derivadas de la realización de una misión social de interés general mediante un organismo externo. Esta compensación financiera se destina a equilibrar las cargas por la realización de la misión y que no hubiera tenido una empresa que se rija sólo por los criterios del mercado»³³.

En efecto, la normativa de acción concertada en los servicios sociales se inspira en el Libro Blanco sobre los servicios de interés general de 12 de mayo de

29. Por tener naturaleza contractual, quedan fuera de la acción concertada los «conciertos sociales» regulados por:

- 1) Arts. 89 a 89 septies de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears (LSSBal), redactados por la Ley 10/2013, de 23 de diciembre.
- 2) Arts. 44 a 44 septies de la Ley del Principado 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales (LSSAst), redactados por la Ley del 9/2015, de 20 de marzo.
- 3) Arts. 33 bis a 33 octies de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (LSSGal), redactados por la Ley 8/2016, de 8 de julio.

30. Par. 7 de la exp. mots. de la Ley 8/2016, de 8 de julio y art. 33 bis.3 LSSGal. *Vid.* también el par. sexto del preámbulo Ley del Principado de Asturias 9/2015, de 20 de marzo y el art. 44.1 LSSAst. Aunque la Ley del Parlamento Balear 10/2013, de 23 de diciembre, no afirma expresamente que el concierto social sea un contrato, al ser anterior a las Directivas de cuarta generación, la hemos desmarcado de las normas autonómicas que arrancan de los considerandos de aquellas. Ahora bien, no puede descartarse que estos conciertos sociales de las Islas Baleares se configuren como compensaciones financieras públicas. Constituyen simplemente fórmulas contractuales diferentes al extinto contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad concierto. Son por lo tanto delegados de la misión social, usando las palabras de la Comunicación.

31. *Cfr.* SALAS HERNÁNDEZ, Javier: «El régimen de la acción concertada», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968, págs. 435-482.

32. El primero de ellos fue puesto en marcha por la Ley 194/1963, de 28 de diciembre, de aprobación del Plan de Desarrollo Económico y Social para el periodo 1964/1967.

33. Ap. 2.2.2 de la Comunicación.

2004, y su conformación jurídica, ha sido elaborada por la Comunicación de 26 de abril de 2006, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE.

Tanto la acción concertada como algunos de los servicios especiales del anexo IV de la LCSP tienen por objeto los servicios a las personas. Aunque los poderes públicos tienen libertad para elegir cualquiera de los dos instrumentos para su implementación, una vez han optado por uno de ellos, deben respetar las características de cada una de estas instituciones. Constituyendo una novedad la acción concertada, con la finalidad de delimitar esta figura de la gestión indirecta de un servicio público mediante un contrato, enumeramos las características esenciales de aquella.

A. Rasgos propios

Las notas que singularizan la acción concertada son la existencia de reservas o prioridades, la indemnidad de la prestación y el hecho de constituir una manifestación de la actividad de fomento. Analizamos cada uno de ellos con el fin de averiguar qué parámetro o parámetros sirven para distinguirla de un contrato de servicios especiales del anexo IV de la LCSP.

1. *Reservas y prioridades.* En función de los sujetos con los que se puede concertar los servicios a las personas puede hablarse de dos modelos de acción concertada. Ambos priman a entidades sin ánimo de lucro, pero con diferente intensidad. Nos estamos refiriendo a los modelos de prioridad y reserva.
 - Modelo de prioridad. Otorga una preferencia en la adjudicación a las entidades sin ánimo de lucro autorizadas «cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes». Así ocurre en la legislación de las CC.AA. de Murcia, Cataluña, Andalucía, y en su caso, Islas Baleares³⁴.
 - Modelo de reserva. Limita la capacidad para celebrar conciertos a entidades públicas o sin ánimo de lucro. Este modelo rige en Aragón y la Comunitat Valenciana³⁵.

A la luz de los recientes pronunciamientos del TJUE puede concluirse que el establecimiento de reservas o prioridades no parece contravenir las reglas de competencia comunitarias³⁶. Con el precedente judicial que avala una restricción de este tipo en los contratos a las personas, los Estados miembros pueden fundar una limitación subjetiva en los principios de atención personalizada e integral, arraigo de la persona en el entorno de atención social, elección de la persona y continuidad en la atención y la calidad.

34. Art. 25.3 LSSMur, DA 3.9 DLCat, art. 101.1 LSSAnd y art. 89 quinques LSSBal.

35. Arts. 2 c) LACAra y 44 bis c) LSSVal.

36. Par. 65 STJUE *Spezzino* de 11 de diciembre de 2014 (C-113/13).

2. *Indemnidad*. Implica que las cantidades percibidas por la prestación del servicio no podrán tener carácter lucrativo. Estas podrán venir de los usuarios, en cuyo caso estarían fijadas por unos precios públicos o cantidades autorizadas³⁷, o de la Administración en función de tarifas o módulos variables. Los abonos cubrirían como máximo los «costes variables, fijos y permanentes de prestación del servicio, sin incluir beneficio industrial»³⁸.

A juicio del TJUE estas entregas dinerarias son admisibles, como mera indemnidad, en tanto en cuanto las entidades «no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros»³⁹.

3. *Actividad de fomento*. La acción concertada persigue incentivar el desarrollo de actuaciones de interés público por terceras personas. Es una manifestación de la actividad de fomento de las Administraciones Públicas⁴⁰. No supone una gestión indirecta de servicios públicos.

B. Distinción de los contratos a las personas

El deslinde entre acción concertada y los contratos a las personas es necesariamente casuístico. Es imposible determinar en abstracto cuándo un centro de menores o una residencia de la tercera edad debe licitarse como un contrato o cuando tiene que concertarse la prestación del servicio con entidades sin ánimo de lucro a las que se les reembolsan sus gastos. Llegados a este punto se impone marcar las diferencias a partir de los rasgos propios de la acción concertada (reservas y prioridades, indemnidad y actividad de fomento).

La reserva o prioridad de las entidades sin ánimo de lucro no es un criterio apto para deslindar la acción concertada de los contratos a las personas. Siempre que exista un anclaje legal, puede limitarse tanto la contratación

37. Arts. 89 LSSBa, 25 octies LSSMur y 104 LSSAnd.

38. Art. 4 g) LACAr. También el art. 66 LSSVal.

39. Par. 64 STJUE *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA)* de 28 de enero de 2016 (C-50/14).

40. Doctrinalmente se entiende por actividad de fomento aquella «acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos». JORDANA DE POZAS, Luis: «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», *Revista de estudios políticos*, núm. 48, 1949, pág. 46.

como concertación de un servicio a determinadas entidades. Así resulta de jurisprudencia comunitaria⁴¹.

La ausencia de una auténtica contraprestación por la realización de una actividad no es un criterio definitivo. No es determinante el hecho de limitar el desplazamiento patrimonial a «la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora»⁴². La existencia de un precio de mercado es más bien un indicio de la existencia de un contrato. No puede desconocerse que para el TJUE, «un contrato no deja de ser un contrato público por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado»⁴³.

Por lo tanto, «si un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro»⁴⁴, solo queda el criterio de la ausencia de gestión indirecta de un servicio público.

En efecto, en ocasiones, para determinar si estamos en presencia de un contrato, el «criterio de la onerosidad debe complementarse con otros criterios», en particular con el del objeto de la prestación. Por ello puede afirmarse que una determinada actividad podrá catalogarse como acción concertada «siempre que su objeto (...) no coincida con el de los contratos regulados en la Ley de Contratos del Sector Público»⁴⁵, y en el caso que nos ocupa, con una gestión indirecta de servicios públicos, ya sea mediante un contrato de servicios o de concesión de servicios.

Habrà gestión indirecta de servicios públicos cuando el vínculo con la Administración canalice, en todo o parte de un territorio, total o parcialmente, la provisión de plazas de la red pública de atención. En estos casos, «es la Administración la que proporciona (...) la fuente de ingresos a la empresa privada que accede a la gestión y explotación (...) garantizándole ab initio la producción generadora de los ingresos ya que la población asistencial está asegurada» por la Administración⁴⁶. Se produce una «remisión» de pacientes o usuarios de cuyo tratamiento es respon-

41. SSTUE *Sodemore, Spezzino* y *CASTA*, citadas.

42. Art. 66.2 LSSVal.

43. Par. 29 STJUE *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* de 19 de diciembre de 2012 (C-159/11).

44. Par 52 STJUE *CASTA* de 28 de enero de 2016 (C-50/14).

45. CJ 5.1 del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 53/2010, de 10 de diciembre.

46. FJ 5 STSJ de la Comunitat Valenciana de 20 de diciembre de 2000 (núm. rec. 273/1997).

sable la Administración. A estos efectos es indiferente el motivo por el que se decida gestionar indirectamente un servicio público. No importa que se justifique en la inexistencia o insuficiencia de recursos públicos, o en la creencia de que un particular gestiona con mayor eficiencia una determinada actividad.

En el supuesto de servicios públicos esenciales, y por lo tanto de atención obligatoria, también habrá de valorarse si se está sustituyendo a la Administración en una determinada área o territorio. Si el ordenamiento jurídico impone a la Administración la obligación de atender un servicio, esta debe hacerlo directa o indirectamente.

No se puede utilizar la acción concertada como patente de corso para soslayar la normativa nacional o comunitaria sobre contratación pública. Un uso indebido de esta técnica no contractual puede distorsionar el mercado interior de la Unión Europea.

Por el contrario, el instrumento adecuado será el concierto cuando un tercero colabore con la Administración, disponiendo de libertad de elección de personas, el número que piensa atender, etc. En estos casos se actúa de manera complementaria y con autonomía respecto de la Administración. El destinatario inmediato de la prestación es la ciudadanía. Por el contrario en la gestión indirecta las personas son los destinatarios mediatos del servicio. Este se presta a la Administración y solo de manera refleja se beneficia la ciudadanía.

Lo escrito hasta aquí no es incompatible con la existencia de una cierta vinculación a través de la integración de los recursos privados en un sistema público. Mediante la acción concertada la Administración se coordina -concierta- con la iniciativa privada para atender conjuntamente una actividad de interés general. Ambos sectores, público y privado, aúnan esfuerzos. Lo determinante será apreciar que la acción concertada es una actuación reconducible a la actividad administrativa de fomento. Esta «se diferencia del servicio público en que la Administración, con esa modalidad, realiza *directamente* y con sus propios medios el fin perseguido, mientras que en el fomento se limita a *estimular* a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, cumplan *indirectamente* el fin que la Administración persigue».⁴⁷

Interiorizar esta idea no va a ser fácil. La acción concertada, una vez armonizado el contrato de concesión de servicios y desaparecidas las modalidades de contrato de gestión de servicios públicos distintas a la concesión, no puede ser la sucesora del concierto de la legislación de contratos del sector público.

47. JORDANA DE POZAS, Luis: «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», *op. cit.*, pág. 46.

Para poder recurrir a la acción concertada hay que rediseñar estas actuaciones de manera distinta a como venían realizándose cuando se acudía a los conciertos de la legislación de contratos del sector público. La clave será configurar la acción concertada como una manifestación de la actividad de fomento y no como una actuación prestacional o de gestión indirecta de servicios públicos. El adjudicatario de la acción concertada contribuye a la realización de una actividad de interés general de manera paralela, y no subordinada, a la Administración. El receptor de su actuación es la sociedad y no la Administración.

Por esta razón todas las referencias o menciones a los «usuarios derivados por la Administración pública»⁴⁸ deben entenderse como una expresión distinta a remisión de usuarios propios o de los cuales deba responder la Administración. *Mutatis mutandis*, lo mismo debe aplicarse respecto de las definiciones que entienden por acción concertada «la prestación de servicios (...) de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos»⁴⁹. La normativa de la acción concertada no puede emplearse en fraude de la legislación comunitaria y estatal de contratación pública.

IV. Conclusión

La acción concertada se presenta como una novedosa fórmula para la prestación de servicios sociales distinta a la gestión directa por la Administración o indirecta por los particulares mediante un contrato a las personas.

Su construcción se ha realizado a partir de las aportaciones de la jurisprudencia comunitaria y el *soft law* de la Comisión. La primera ha permitido que los servicios a las personas se presten única o preferentemente por entidades sin ánimo de lucro. La segunda ha concebido la prestación de estos servicios mediante fórmulas no contractuales.

El empleo de la acción concertada permite salvaguardar los principios de calidad, continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad que deben inspirar los servicios sociales. También puede distorsionar el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea.

Su distinción de las formas contractuales de gestión de servicios públicos no es sencilla. A nuestro entender el criterio delimitador –más que la reserva o preferencia a entidades sin ánimo de lucro o la ausencia de precio de mercado– es la incardinación de la acción concertada en la actividad de fomento de las Administraciones Públicas. Solo podrá concertarse un

48. Art. 8.1 h) LACAr.

49. Art. 101.1 LSSAnd.

servicio a las personas después de constatar que no se está gestionando indirectamente un servicio público. Para ello habrá que analizar si el objeto de la acción concertada coincide con el de un contrato del sector público. Coincidirá cuando el destinatario de la actividad de la entidad sin ánimo de lucro sea la Administración. No coincidirá cuando el beneficiario inmediato de la prestación sea el ciudadano.

Bibliografía

- FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda: «El servicio público en la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004.
- GIMENO FELIU, José María: «La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales», *Observatorio de la Contratación Pública*, 11 de mayo de 2015.
- JORDANA DE POZAS, Luis: «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», *Revista de estudios políticos*, núm. 48, 1949.
- LAZO VITORIA, Ximena: «La figura del "concierto social" tras las Directivas europeas de contratación pública», *Observatorio de la contratación pública*, 11 de noviembre de 2016.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco: «La actividad prestacional o de servicio público», *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2009.
- SALAS HERNÁNDEZ, Javier: «El régimen de la acción concertada», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968.

Col·laboren en este número:

Ainhoa Lasa López: Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional y Vice-decana de Calidad y Políticas de Igualdad de la Universidad de Alicante.

Luis Manent Alonso: Abogado de la Generalitat en la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.

Ana Isabel Marrades Puig: Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional de la Universitat de València.

Luis Alfonso Martínez Giner: Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alicante.

Ricard Martínez Martínez: Director de la Càtedra Microsoft-Universitat de València sobre Privacidad y Transformación Digital. Doctor en Derecho.

Vicent Moreno i Baixauli i Sandra Serrano i Mira: President d'Escola Valenciana y Periodista.

Alba María Nogueira López: Profesora Titular de Derecho Administrativo, acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Universidad de la Universidad de Santiago de Compostela.

Fernando de Rojas Martínez-Parets: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

Joaquín Tornos Mas: Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona y Abogado.

Francesc Xavier Uceda Maza: Delegado del Consell para el Modelo Social Valenciano. Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas.

Consell Assessor

President:

Manuel Alcaraz Ramos

Vicepresidenta:

Zulima Pérez i Seguí

Vocals:

Lluís Aguiló Lucia

José Carlos de Bartolomé Cenzano

José Luis Blasco Díaz

Francisco de Paula Blasco Gascó

Rafael Cerdá Ferrer

Vicent Cucarella Tormo

Mar Esquembre Cerdá

Ramón Ferrer Navarro

Enrique Fliquete Lliso

Jesús Huguet Pascual

Ángel Luna González

Ana Isabel Marrades Puig

Joaquín Martín Cubas

Enric Morera i Català

Andrés Pedreño Muñoz

José Antonio Pérez Juan

Joan Romero González

Juan Rosa Moreno

M^a Teresa Soler Roch

Francisco Visiedo Mazón

Director Josep Ochoa Monzó

Consell de Redacció

Ximo Cádiz Ródenas

Vicente Domínguez Calatayud

Mauro Guillén Grech

Pilar Herrero Gil

Trinidad Sanfélix Roca

Nota de redacció: La revista no es fa responsable ni compartix necessàriament les opinions expressades pels autors, que les formulen davall la seua exclusiva responsabilitat.

