



Estatu soziala eta bizitza duina

El Estado social y la vida digna



"Francisco de Vitoria"
GIZA ESKUBIDEEN BILDUMA
COLECCIÓN DERECHOS HUMANOS
"Francisco de Vitoria"

www.ararteko.eus

ararteko

Herriaren Defendatzailea
Defensoría del Pueblo

Jardunaldiak



Jornadas



"Francisco de Vitoria"
GIZA ESKUBIDEEN BILDUMA
COLECCIÓN DERECHOS HUMANOS
"Francisco de Vitoria"

www.ararteko.eus



Estatu soziala eta bizitza duina

El Estado social y la vida digna

**ESTATU SOZIALA ETA GIZARTE ESKUBIDEAK ZALANTZAN.
ESKUBIDE BATZUEN EGOERA EAeko, ESPAINIAKO ETA EUROPAKO
ESPARRUETAKO KRISIAREN GAUR EGUNGO TESTUINGURUAN**

**EL ESTADO SOCIAL Y LOS DERECHOS SOCIALES EN ENTREDICHO.
SITUACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS
EN LOS ÁMBITOS VASCO, ESPAÑOL Y EUROPEO**



Vitoria-Gasteiz 2015

Lan hau [Creative Commons-en Attribution 3.0 Unported \(CC BY 3.0\)](#) lizentziapean dago



Lan honen **bibliografia-erregistroa** [Arartekoko liburutegiaren katalogoan](#) aurki daiteke

Arartekoaren argitalpenak eskuratzeko:

- [web gunean](#)
- [posta elektronikoz](#) eskatuz
- aurrez aurre gure hiru bulegoetako batean,
idatziz (Prado 9, 01005 Vitoria-Gasteiz) edo telefonoz (945 13 51 18)

Esta obra está bajo una [licencia Attribution 3.0 Unported \(CC BY 3.0\) de Creative Commons](#)



Un **registro bibliográfico** de esta obra puede consultarse en el [catálogo de la biblioteca del Ararteko](#)

Para acceder a las publicaciones del Ararteko:

- en la [web](#)
- mediante solicitud por [correo electrónico](#)
- presencialmente en cualquiera de las tres oficinas,
por escrito (Prado 9, 01005 Vitoria-Gasteiz) o por teléfono (945 13 51 18)

ARARTEKO

Diseinua, maketazioa eta inprimaketa / *Diseño, maquetación e impresión:*
Otzarreta Komunikazioa

AURKIBIDEA / ÍNDICE

- **Aurkezpena / Presentación**
Iñigo Lamarca
Arartekoa / Ararteko 09

- **La situación actual de los derechos sociales en Europa**
Luis Jimena
Europako Kontseiluko Gizarte Eskubideen Europako Batzordeko burua eta Valentziako Unibertsitateko Konstituzio Zuzenbideko katedraduna /
Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa y catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia 13

- **El derecho a vivir en espacios socio-urbanos dignos y el derecho de participación ciudadana**
Jon Aguirre
Arkitekto-hirigilea / Arquitecto-urbanista 39

- **El derecho a la vida digna para las personas migrantes**
José Chamizo
"Voluntarios por otro mundo" GKEko kidea eta Andaluziako herriaren defendatzaile ohia /
Miembro de la ONG "Voluntarios por otro mundo" y ex defensor del pueblo de Andalucía 61

- **Ejes de la reforma laboral y su incidencia en el Estado social y de Derecho**
Henar Merino
Lan-arloko jurisdikzioko magistratua eta Gaztela-Mantxako herriaren defendatzaile ohia /
Magistrada de la jurisdicción social y ex defensora del pueblo de Castilla-La Mancha 83

- **El derecho a una vivienda digna en España. Crisis residencial: origen, consecuencias y respuesta de los poderes públicos**
Pilar Garrido
UPV-EHUko Konstituzio Zuzenbideko irakaslea /
Profesora de Derecho Constitucional de la UPV-EHU 103

- **El derecho a la salud y la Marea Blanca madrileña en su defensa**
Enrique Martín
Abokatua eta Psikologian lizentziaduna /
Abogado y licenciado en Psicología 125

- **La aplicación de la Ley de Dependencia**
José Antonio Montilla
Granadako Unibertsitateko Konstituzio Zuzenbideko katedraduna /
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada 151

AURKEZPENA

Iñigo Lamarca
Arartekoa

Eskubide sozialak, gizarte edo ongizate Estatuaren funtsezko mamia baitira, Europako demokrazia aurreratu eta garatuenen nortasun-ezaugarri bihurtu dira. Demokrazia etengabe eraikiz doan zerbait izanik, atzerapauso larria izango litzateke finantza-sistemaren erdiporrotaren ondorioz sortu zen izaera neoliberalen tsunamiak eskubide sozialak irenstea. Erdiporrot hori 2008ko bukaera aldera hasi zen eta gogortasun osoz lehertu zen hurrengo bi urteetan. Herrialde garatu horietan demokrazia ez dago ulertzerik baldin eta, beharrezko zerbitzu eta baliabideak erabiliz, eskubide hauek behar bezala bermatuta ez badaude: hezkuntzarako eskubidea, osasun-laguntzarakoa, ordaindutakoaren arabera-koak eta halakoak ez diren Gizarte Segurantzaren prestazioak jasotzeko eskubidea edo gizarte babesa izateko eskubidea (adin txikikoe, ezinduek edo mendekotasuna dutenek, gizartean baztertuta edo baztertuta geratzeko arriskuan daudenek). Era berean, demokrazia ez dago ulertzerik lan duina ziurtatzeko langile-eskubiderik ez badago, edo etxebizitza eta lana izateko eskubideak gauzatzeko etxebizitza- edo enplegu-politikarik ez badago.

Euskadin, izugarri ahaleginduz eta sufrituz, eskubide horiek maila onargarrian garatzea lortu dugu, baina horiekin lotutako politika publikoak hobetu egin beharko lirateke, eskubideok behar bezala berma daitezen. Horixe adierazten da Arartekoaren hainbat txosten berezitan.

Eskubide sozialek lotura askaezina dute ekonomia- eta aurrekontu-baliabide nahikoak izatearekin, ospitale, eskola, egoitza edo harrera-zentroak izatearekin, era guztietako tresna, prestazio, gizarte-laguntza, langile kualifikatu eta abar izatearekin. Oso nabarmena da Europar Batasunean -batez ere Eurogunean- ezartzen ari diren aurrekontu-, zerga- eta ekonomia-irizpideek murrizketak ekarri dituztela berekin eta murrizketok eragin kaltegarria izan dutela aipatu ditugun baliabideetan eta, beraz, baita eskubide sozialetan ere.

PRESENTACIÓN

Iñigo Lamarca
Ararteko

Los derechos sociales, el contenido sustancial del Estado social o de bienestar, se han erigido en una seña de identidad de las democracias más avanzadas y desarrolladas de Europa. Siendo la democracia algo en permanente construcción, supondría un grave retroceso que los derechos sociales fuesen engullidos por el tsunami de corte neoliberal que generó el semicrash del sistema financiero que empezó a formarse a finales de 2008 y que estalló con toda su virulencia en los dos años siguientes. La democracia, en esos países desarrollados, no es concebible sin que los derechos a la educación, a la asistencia sanitaria, a las prestaciones contributivas y no contributivas de la Seguridad Social, o a la protección social (de menores de edad, de personas con discapacidad o de personas dependientes, de personas en situación o riesgo de exclusión social, etc.) estén debidamente garantizados, con los servicios y los medios que sean precisos. Tampoco es concebible sin los derechos de los trabajadores y trabajadoras que aseguren el trabajo digno, o sin políticas de vivienda o de empleo que tiendan a dar cobertura a los derechos al trabajo y a la vivienda.

En Euskadi hemos alcanzado, con mucho esfuerzo y sacrificio, un nivel aceptable de desarrollo de esos derechos, si bien las políticas públicas concernidas deberían mejorar para una debida garantía de los mismos, como así lo ponen de manifiesto los diferentes informes extraordinarios del Ararteko.

Los derechos sociales están inextricablemente unidos a la existencia de recursos económico-presupuestarios suficientes, de hospitales, de escuelas, de centros residenciales o de acogida, de dispositivos de todo tipo, de prestaciones y ayudas sociales, de personal cualificado, etc. Es más que evidente que los criterios presupuestarios, fiscales y económicos que están siendo aplicados en el marco de la Unión Europea, especialmente en la Eurozona, han traído consigo recortes y restricciones que han afectado negativamente a los recursos a los que hemos hecho referencia y, por consiguiente, también a los derechos sociales.

Arartekoak, pertsonen eskubideak babesteko sortu zen Eusko Legebiltzarraren goi mandataria izanda, ezin du ezikusiarena egin egoera horren aurrean. Oso eskubide garrantzitsuak daudelako jokoan. Gure lanaren erdia baino gehiago eskubide sozialekin lotuta dagoelako. Bideratzen ditugun kexa-espediten herenak eduki ekonomikoko gizarte-laguntzak (batik bat DBEa) kudeatzearekin zerikusia duelako. Eskubide horiek baliatzearen atzean pertsonen beharrak daudelako. Behar horiek larriagotu egin dira eta oso maila kezkarrietara iritsi dira kasu askotan, oraindik gainditu ez dugun krisi sozioekonomiko ikaragarriaren ondorioz.

Nire ustez, ahal dugun guztia egin behar dugu, gure eginkizuna baita, behar horiek azaleratu eta orain dauden politika publikoekin kontrasta daitezen, politikak hobetzeko eta behar horiei erantzun egoki eta eragingarriak emateko. Arartekoak bere gain hartutako konpromisoa da jardunaldi batzuetan adituei hitza ematea, daukaten informazioa partekatu eta beraien ikuspuntuak jendaurrean azaltzeaz gain, behartsuenen alboan haiei laguntzen eta kasu egiten dabiltzan gizarte-erakundeekin hori dena eztabaidatu ahal izan dezaten. Izan ere, Arartekoaren iritziz, hori modu ona da non eta nola gauden jakiteko, baita egindako diagnostikoetan oinarrituta aurrera egin eta hobetzeko ere.

Arartekoak 25 urte bete dituen urte honetan, politika publikoen gaineko jardunaldi osoak antolatu nahiko genituzkeen, 2009ko maiatzean egin genuen bezalaxe (“Politika publikoen erronkak demokrazia aurreratu batean”), baina aurrekontu-murrizketek egun erdiko jardunaldia antolatzea beste aukerarik ez digute eman. Hala ere, ahalegin handia egin dugu bizi dugun egoerak gehien eragindako gaiak eta eskubideak aukeratzeko eta gai horietako adituak hona ekartzeko. Horiei guztiei eskerrak eman nahi dizkiet beraien ponentziak prestatu eta jardunaldi honetan azaltzeko egin duten ahaleginagatik.

El Ararteko, alto comisionado del Parlamento Vasco para la defensa de los derechos de las personas, no puede mirar a otro lado ante este estado de cosas. Porque hay derechos muy importantes en juego. Porque más de la mitad de nuestro trabajo tiene que ver con derechos sociales. Porque la tercera parte de los expedientes de queja que tramitamos está relacionada con la gestión de las prestaciones sociales de contenido económico (principalmente con la RGI). Porque detrás del ejercicio de estos derechos hay necesidades humanas, que se han agravado y han adquirido perfiles muy preocupantes en muchos casos, como consecuencia de la terrible crisis socioeconómica que aún no hemos superado.

Entiendo que es nuestro deber contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, a que las aludidas necesidades afloren y sean contrastadas con las políticas públicas existentes, con el objeto de que éstas mejoren y den respuestas adecuadas y eficaces a esas necesidades. Dar voz, en el marco de unas jornadas, a personas expertas que tengan la oportunidad no sólo de compartir la información que poseen y de exponer públicamente sus puntos de vista, sino también de debatir todo ello con las organizaciones sociales que trabajan a pie de obra y dan asistencia, atención y ayuda a las personas necesitadas es un compromiso que el Ararteko lo tiene asumido, porque entiende que es una buena manera de saber dónde y cómo estamos, y de avanzar y de mejorar a partir de los diagnósticos realizados.

Hubiésemos querido, en este año en el que el Ararteko ha cumplido 25 años, organizar unas jornadas completas sobre las políticas públicas, como lo hicimos en mayo de 2009 (“Los retos de las políticas públicas en una democracia avanzada”) pero las limitaciones presupuestarias no nos han permitido sino organizar una jornada de medio día. Hemos hecho, sin embargo, un gran esfuerzo para seleccionar los temas y los derechos más afectados por la situación que estamos atravesando, y también para traer a personas expertas en esas materias. Quiero agradecer a todas ellas el esfuerzo que han realizado para preparar sus ponencias y exponerlas en la jornada.

Gaiak heterogeneoak dira, baina guztiek lotura dute eskubide sozialekin –giza eskubideak direlako– eta pertsonen duintasuna babestearekin. Lurralde esparruari dagokionez, Euskadi ez ezik, Europa eta Espainia ere kontuan hartu ditugu lurralde-erreferentzetan, hiru arrazoi hauengatik: bi lurralde horietako botere publikoek hartzen dituzten erabaki arauemaileek gugan eragina dutelako eta euskal politika publikoei nahitaez bete beharreko esparrua ezartzen dietelako; “sua datxekonean auzoko etxeari, gogoia emak eureari” diolako esaera zaharrak; eta egunetik egunera elkarrekiko mendekotasun eta lotura handiagoa dagoen mundu honetan, giza eskubideak defendatzen dihardugun pertsona, elkarte eta erakundeok inoiz baino gehiago lan egin behar dugulako sarean, informazioa partekatuz eta estrategia komunak taxutuz.

Eskubide sozialak Europan zer egoeratan dauden azaldu ondoren, jardunaldi honetan eskubide zehatz batzuk jorratu dira: laneko eskubideak, osasunerako eskubidea, norberaren autonomia sustatzeko eskubidearekin (eta, hortaz, mendekotasun egoerekin) lotura duten eskubide eta laguntzak, eta etxebizitza izateko eskubidea. Gai horiei beste bi erantsi dizkiegu. Bata, biztanle migratzaileen eskubideak, laidoztatu eta barregarri utzi baitira etengabe haziz doan xenofobiaren ondorioz. Bestea, gero eta gai garrantzitsuagoa: gizarteko eta hiriko gune duinetan bizitzeko eskubidea, herritarrek parte hartzeko eskubidearekin batera. Bizimodu duina, benetako berdintasun eragingarria, gizarte kohesioa eta gizarteratzea Gizarte Estatuaren oinarri nagusiak direnez gero, aipatutako gaiak garrantzi handia hartzen du, bereziki garai honetan, non desberdintasuna gero eta toki gehiagoz jabetzen ari den.

Biziki eskertu nahi dut EHUko Konstituzio Zuzenbidea eta Politika Pentsamenduaren eta Gizarte Mugimenduen Historiako Sailak eman digun laguntza jardunaldi hauek antolatzeke orduan. Bereziki eskerak eman nahi dizkiet sail horren zuzendari Miguel Ángel García Herrera katedradunari eta Eduardo Virgala Foruria katedradunari.

Los temas son heterogéneos, pero tienen en común los derechos sociales, que son derechos humanos, y la defensa de la dignidad de los seres humanos. El ámbito territorial que se ha tenido en cuenta no es sólo el configurado por Euskadi. Antes bien, hemos tomado como referentes territoriales Europa y España, por tres razones: porque las decisiones normativas de los poderes públicos de ambos entes nos afectan y fijan un marco de obligado cumplimiento para las políticas públicas vascas; porque “cuando veas las barbas de tu vecino cortar pon las tuyas a remojar”; y porque en un mundo cada vez más interdependiente y conectado, las personas, organizaciones y entidades de defensa de los derechos humanos debemos trabajar más que nunca en red, compartiendo información y trazando estrategias comunes.

Tras una exposición marco sobre la situación de los derechos sociales en Europa, en la jornada se abordan derechos concretos: los derechos laborales, el derecho a la salud, los derechos y prestaciones asociados al derecho a la promoción de la autonomía personal (y, por tanto, a las situaciones de dependencia), y el derecho a la vivienda. A estos temas añadimos dos más. Uno de ellos es el relativo a los derechos de la población migrante, vilipendiados y puestos en solfa por una xenofobia que no para de crecer. El otro es un tema de creciente importancia: el derecho a vivir en espacios socio-urbanos dignos, junto con el derecho a la participación ciudadana. Siendo los fundamentos principales del Estado social la vida digna, la igualdad real y efectiva, la cohesión social y la inclusión social, el tema aludido adquiere una gran relevancia, sobre todo en estos tiempos en los que la desigualdad se está enseñoreando de cada vez más espacios.

Quiero agradecer muy vivamente la colaboración que para la organización de estas jornadas nos ha prestado el Departamento de Derecho Constitucional y de Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales y Políticos de la EHU-UPV. Quiero agradecer especialmente a su director el catedrático Miguel Ángel García Herrera y al catedrático Eduardo Virgala Foruria.

Orobat, beraien lana, dedikazioa eta jarduera egokia eskertu nahi diet jardunaldi hau egitea ahalbidetu duten Arartekoko pertsoneri. Egia esan, bizitzan gertatu zaizkidan gauza onenetako bat da eskubideak defendatu eta bermatzeko erakunde honen buru izatea, bada bertako langileak profesional apartak dira eta ohiz kanpoko gizatasuna dute.

Bilbao, 2014ko urria

Quiero agradecer también el trabajo, la dedicación y el buen hacer de las personas del Ararteko que han hecho posible la celebración de la jornada. La verdad es que estar al frente de esta institución de defensa y garantía de derechos, en la que trabajan personas de una profesionalidad excepcional y de una calidad humana fuera de lo común, es una de las mejores cosas que me han ocurrido en la vida.

Bilbao, octubre de 2014

LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EUROPA

LUIS JIMENA

Europako Kontseiluko Gizarte Eskubideen Europako Batzordeko burua eta
Valentziako Unibertsitateko Konstituzio Zuzenbideko katedraduna /
*Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa y
catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia*

I. Algunas premisas, casi innecesarias, sobre los derechos sociales y sobre Europa en el contexto actual

De entrada, con respecto a la concepción sobre los derechos sociales, me da la impresión de que se han ido imponiendo paulatinamente consideraciones que, a mi modo de ver, guardan conexión con enfoques académico-universitarios erróneos y acomodaticios, los cuales desafortunadamente se han proyectado en la praxis política, económica y social. Esa concepción (sobre todo en lo atinente a los derechos sociales más estrechamente conectados con la defensa de las personas vulnerables y, por tanto, con el núcleo de la dignidad humana) ha transitado desde una clásica catalogación como acción de caridad hasta una más moderna y peyorativa etiqueta de acción “indignada” de índole “ONG”, para ser despreciada desde la “ciencia jurídica” presuntamente más ilustre.

La crisis económica y financiera de los últimos años parece haber contribuido a ese tránsito plagado de despropósitos. Parece, asimismo, que hemos salido del letargo, superándose incluso un cierto sentimiento de inferioridad en quienes han pretendido abordar desde un enfoque jurídico la defensa de las personas que se encuentran en situación precaria, para evitar que realmente la idea de “derechos de los pobres, pobres derechos” sea secundada en paralelo por la idea de “derechos de los pobres, pobres juristas”. Son más bien aquellos que rechazan o desprecian ese enfoque jurídico de derechos humanos quienes deben experimentar ese complejo de inferioridad al hacer gala de una ciega sofisticación acompañada de la *miserabilidad* de su argumentación jurídica, de su discurso político, de su estrategia económica o de su acción social.

Con estas premisas, deseo avanzar dos enfoques, en mi opinión equivocados y sesgados, que pese a todo han estado y siguen estando arraigados en las contribuciones (incluidas las universitarias) que se han ocupado de los instrumentos jurídicos que garantizan derechos sociales, a saber: de un lado, el teórico exclusivo mayor coste de los derechos sociales; y, de otro lado, la supuesta alergia de los derechos sociales a su justiciabilidad y articulación jurídica inmediatas.

Ambos enfoques constituyen auténticas falacias, puestas de manifiesto de manera más ostensible por la crisis económica y financiera, puesto que:

- Por una parte, ¿acaso no tiene coste económico alguno el ejercicio del derecho de manifestación, la satisfacción del derecho a un proceso justo o la financiación de una campaña electoral para la puesta en práctica del derecho de sufragio?; ¿acaso no debe realizarse un informe de “factibilidad” (*ex ante* y *ex post facto*) para la vigencia de cualquier norma jurídica,

afecte a derechos cívico-políticos o a derechos socio-económicos?

- Y, por otra parte, la problemática de la justiciabilidad inmediata afecta no solo a los derechos sociales, sino también a los derechos civiles: piénsese en las “sentencias-piloto” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre derecho a un proceso equitativo y los prolongados plazos de resolución (por ejemplo, contra Polonia y contra Italia) que no pueden ser ejecutadas inmediatamente, dado que responden a fallos materiales y estructurales del sistema judicial que precisan de una intensa reorganización y de un considerable flujo de recursos.

En estas coordenadas, los informes anuales del Comité de Ministros del Consejo de Europa (institución encargada de velar por la ejecución tanto de las sentencias del TEDH como de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales-CEDS) sobre la supervisión de las sentencias del TEDH ilustran perfectamente las dos críticas efectuadas:

- Una, la cuantificación en millones de euros de la ejecución de las sentencias del TEDH (de los derechos civiles y políticos), para lo cual incluso se cuenta con un Fondo Fiduciario en el Consejo de Europa destinado a ayudar a los países condenados que tengan dificultades en hacer frente a esa ejecución.
- La otra, que la justiciabilidad no es tan inmediata si se pone el acento en las numerosas sentencias que están pendientes de ejecución, una ejecución que a lo peor tardará muchos años o no llegará nunca. Por todo ello, estimo preferible hablar de “efectividad” de derechos (sean cívico-políticos, sean socio-económicos) antes que de su “justiciabilidad”. Y, a este respecto, sería muy sencillo encontrar ejemplos de sentencias del TEDH que han contado con verdaderos problemas de ejecución, hasta demorarse más de una década¹ y, diversamente, decisiones del CEDS que se han ejecutado al cabo de pocos meses o han sido atendidas incluso por el Estado demandado durante la sustanciación del caso². Por otro lado, el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS cumple una función en alguna medida preventiva (al no precisarse el agotamiento de los

¹ Por ejemplo, Sentencia del TEDH de 13 de junio de 1979, *caso Marckx contra Bélgica*: el Gobierno belga tardó once años en modificar la legislación civil que discriminaba a los hijos extramatrimoniales en cuanto a derechos sucesorios (véase a este respecto la sentencia de la propia Corte de Estrasburgo dictada el 29 de noviembre de 1991 en el *caso Vermeire contra Bélgica*).

² En el curso de la sustanciación de las reclamaciones nº 33/2006 (*Movimiento Internacional ATD-Cuarto Mundo c. Francia*) y 39/2006 (*FEANTSA c. Francia*), el propio CEDS tomó nota en sendas decisiones de fondo de 5 de diciembre de 2007 (§54 y §53, respectivamente) de la nueva Ley francesa nº 2007-290 de 5 de marzo de 2007 sobre el derecho a la vivienda (*Loi nº 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit opposable au logement*).

recursos internos), por cuanto puede evitar eventuales contenciosos individuales ante el TEDH tras la preceptiva utilización de los remedios domésticos³.

Permítase, a mayor abundamiento, ilustrar la efectividad de las decisiones del CEDS propiciada por los distintos niveles del poder público (judicial, ejecutivo y legislativo):

- Un ejemplo de cómo a la modificación normativa puede anticiparse una ejecución vía judicial, a través del ejercicio del control de convencionalidad por las jurisdicciones internas, puede verse en la Reclamación nº 14/2003 (*caso Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos contra Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), que no solo fue ejecutada por las autoridades francesas⁴, sino llevada a la práctica por el máximo escalón de la jurisdicción administrativa francesa (el Consejo de Estado, mediante su Decisión de 7 de junio de 2006, *Association Aides et autres*), al descartar la aplicación de la legislación francesa controvertida asumiendo la solución alcanzada en la Reclamación nº 14/2003⁵.
- Una modalidad de ejecución por vía ejecutiva la ofrece la retirada de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria, impuesta por el art. 11 de la Carta: Reclamación nº 45/2007 (*Interights contra Croacia*, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009)⁶.

³ A título de ejemplo, desde enero de 2012 se formularon miles de demandas ante el TEDH contra Hungría en relación con pensiones y prestaciones sociales que, de haber aceptado Hungría el procedimiento de reclamaciones colectivas, podrían haberse evitado (no solo ante el TEDH, sino previamente ante las jurisdicciones internas) con la "solución europea" del CEDS. Es lo que ha sucedido en el caso de Grecia (que sí ha aceptado el protocolo sobre reclamaciones colectivas), en donde la legislación anti-crisis ha sido sometida al CEDS mediante las reclamaciones comentadas. En el caso de Hungría, la mayoría de esas demandas han sido inadmitidas por "manifiestamente infundadas", con alguna excepción (STEDH *N.K.M. c. Hungría*, de 14 de mayo de 2013; violación del art. 1 del Protocolo nº 1, por la confiscación desproporcionada –privación injustificada de sus bienes– que comportaba el gravar con el 98% una parte de la indemnización por despido de la demandante en virtud de una ley entrada en vigor diez semanas antes de haber cesado en su trabajo).

⁴ Vid. la Resolución ResChS (2005) 6 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005 con motivo de la 925ª reunión de los Delegados de los Ministros, en la que se "toma nota de la Circular (del Gobierno francés) DHOS/DSS/DGAS nº 141 de 16 de marzo de 2005 relativa a la asunción de la atención urgente ofrecida a los extranjeros residiendo en Francia de manera irregular y no beneficiaros de la ayuda médica de Estado".

⁵ Véanse también las decisiones de fondo de 20 de octubre de 2009 [reclamación nº 47/2008, *DCI c. Países Bajos*] (reclamación nº 47) y de 23 de octubre de 2012 [reclamación nº 69/2011, *DCI c. Bélgica*].

⁶ Vid. la Resolución CM/ResChS(2009)7 adoptada el 21 de octubre de 2009 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se da cuenta de la actitud positiva de las autoridades croatas de retirar el material pedagógico controvertido del listado de manuales para el año académico 2009/2010.

- Y una ilustración sobre cumplimiento por vía legislativa, y dentro de un razonable plazo, puede comprobarse con motivo de la Reclamación nº 48/2008 (*ERRC contra Bulgaria*, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), tras la cual el Gobierno búlgaro informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el parlamento nacional había procedido a modificar la Ley de Asistencia Social en fecha 10 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial nº 15 de 23 de febrero de 2010) para suprimir la limitación temporal en el disfrute de las prestaciones de subsidio de desempleo y conformarse así al derecho a la asistencia social, entendida como recursos mínimos garantizados, reconocido en el art. 13 CSE⁷.

En estas condiciones, la pretendida sofisticación jurídica basada en esos enfoques, equivocados y sesgados, que acabo de criticar, se torna en un vulnerable testimonio de ignorancia, puesto que desconoce el potencial protector de los instrumentos jurídicos de garantía de los derechos sociales y con ello inflige vulnerabilidad a tales instrumentos.

Por otro lado, no podemos reconducir la “idea de Europa” exclusivamente a la Unión Europea (UE) desconociendo la tarea desempeñada por la organización paneuropea por excelencia que es el Consejo de Europa. En efecto, tanto se ha puesto el énfasis en la UE y en la prevalencia y fortaleza de sus objetivos de integración económica (frente a los más débiles desig-nios políticos y relegados objetivos sociales), que la crisis económica ha comportado lógicamente atacar ese pilar (económico) teóricamente más sólido, arrastrando a su vez esos puntales (político y social) supuestamente más endebles. De esta manera, en el plano político e institucional, las acciones asimétricas del Banco Central Europeo (institución europea que encarnaría las esperanzas de los federalistas, si no fuera porque dicha institución no emana del *demos* europeo ni queda sometida a un claro control democrático) y de la Troika (órgano de difícil catalogación, lo mismo que sus actos) han sido duramente criticadas en el seno de la propia UE (p.e., por el Parlamento Europeo); y en el terreno social, las medidas de austeridad por ellos propugnadas han sido igualmente declaradas contrarias al *acervo social europeo* desde el Consejo de Europa (p. ej., por el CEDS).

La crisis actual, consiguientemente, debe enfocarse en sus *justos* términos económicos y, consecuentemente, de manera coyuntural, susceptible de ser superada cíclicamente con otras recetas económicas. Ello no obstante, esa crisis económica no debe arrastrarnos a una crisis cultural o de valores (recuérdese que el Jean Monnet de los últimos días se cuestionó si no habría sido mejor empezar por la construcción cultural de

⁷ Véase el anexo a la Resolución del Comité de Ministros CM/ResChS(2010)2 de 31 de marzo de 2010.

Europa antes de dotarla de vestes económicas), especialmente del acervo común forjado durante décadas a través de instrumentos como la Carta Social Europea (CSE), concebida como “Pacto europeo de democracia socio-económica”, indisociable y complementaria del “Pacto europeo de democracia cívico-política”, que es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), asumidos ambos como fuente para la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE).

II. Apuestas actuales del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales

Si se comparan los dos tratados más emblemáticos del Consejo de Europa (CEDH y CSE), se comprobará que existen inadmisibles asimetrías incompatibles con el principio de indivisibilidad, tanto en el plano del reconocimiento de los derechos como en el ámbito de las garantías respectivas: en particular, aceptación del conjunto de disposiciones en el CEDH *versus* sistema de aceptación “a la carta” en la CSE y la convivencia de la CSE de 1961 (con el Protocolo de 1988) junto a la CSE revisada de 1996; así como aceptación obligatoria del derecho de recurso individual ante el TEDH *versus* aceptación facultativa del procedimiento de reclamaciones colectivas⁸.

De hecho, una de las causas de esos desacertados enfoques que han acometido la protección de los derechos sociales radica indudablemente en haber asumido de manera hipócrita el discurso acerca de la indivisibilidad de todos los derechos humanos. Yo creo que no es necesario seguir recomfortándonos permanentemente en recordar pronunciamientos como la sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 del TEDH para constatar la evidencia de no poder establecer divisiones tajantes o compartimentos estancos entre derechos cívico-políticos y derechos socio-económicos: la prohibición del trabajo forzado, la libertad sindical o la educación ofrecen consiguientemente claros ejemplos de derechos reconocidos al mismo tiempo tanto en el CEDH como en la CSE.

Por supuesto, la jurisprudencia “social” del TEDH es sobresaliente. Dicho lo cual, debe advertirse que el CEDH fue diseñado preferentemente como un instrumento de derechos civiles y políticos, de suerte que los perfiles jurisprudenciales básicos del TEDH en materia de derechos sociales (al margen de derechos mixtos como los mencionados, de sindicación, de educación, o la prohibición del trabajo forzoso) han aflorado con apoyo en distintos métodos de interpretación, entre ellos:

⁸ De los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, 43 son partes en la Carta Social Europea: 33 en la carta revisada de 1996 y solo 10 en la carta original de 1961. Y 15 Estados han aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas.

- En primer lugar, el principio de indivisibilidad desde la citada STEDH *Airey c. Irlanda* de 1979⁹, que sin embargo ha conocido fluctuaciones recientes "a la baja": en particular, en contraste con la STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997 (*infra*), se ha criticado que con la STEDH *N. c. Reino Unido* de 27 mayo de 2008 (no violación en relación con la expulsión de una persona extranjera enferma de sida hacia su país de origen, en donde carecería de acceso a medicamentos adaptados y consecuentemente vería reducida ineluctablemente su esperanza de vida) el principio de indivisibilidad habría perdido mucha fuerza, sacrificándose las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados para realizar los derechos sociales elementales con objeto de evitar cargas financieras¹⁰.
- El segundo método interpretativo ha tenido como soporte el *principio de no discriminación* reconocido en el art. 14 CEDH, en combinación con otras disposiciones convencionales como los arts. 6 y 8 CEDH o el art. 1 del Protocolo nº 1 (SSTEDH *Muñoz Díaz c. España* de 8 de diciembre de 2009 o *García Mateos c. España* de 19 de febrero de 2013).
- Y en tercer lugar, cabe destacar la técnica de *conexión de derechos o vía indirecta de protección*, según la cual el Tribunal de Estrasburgo ha revelado interesantes dotes de audacia hermenéutica dando entrada a situaciones o derechos no cubiertos expresamente por el texto convencional (sobre todo a través de los arts. 3 y 8 CEDH), como el medio ambiente (SSTEDH *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994, sobre olores, y *Moreno Gómez c. España* de 16 de noviembre de 2004, sobre contaminación acústica) o la protección social de personas en situación vulnerable, como extranjeros afectados por órdenes de expulsión que agravarían y acelerarían su estado terminal de salud (STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997), segregación escolar de los niños pertenecientes a minorías gitanas (STEDH *D.H. y otros c. República checa* de 13 de noviembre de 2007), mujeres extranjeras sometidas a esclavitud moderna o doméstica (STEDH *Siliadin c. Francia* de 26 de julio de 2005), casos de violencia doméstica en perjuicio de menores (STEDH *Z y otros c. Reino Unido* de 10 de mayo de 2001) o supuestos de violencia de género (STEDH *Opuz c. Turquía*, de 9 de septiembre de 2009).

⁹ Esa misma técnica extensiva inspiró la adopción de la STEDH *Annoni de Boussola c. Francia* de 14 de noviembre de 2000, que reprochó los obstáculos financieros impuestos a los demandantes para tener acceso a la vía casacional en el orden interno.

¹⁰ De hecho, se produciría una quiebra de la filosofía de la STEDH *Airey* de 1979, al sostenerse en la STEDH *N.* de 2008 que "si bien numerosos derechos que enuncia tienen prolongaciones o implicaciones de orden económico y social, el Convenio apunta esencialmente a proteger derechos civiles y políticos" (párrafo 44).

Ahora bien, tampoco conviene exagerar el potencial “social” del TEDH, so pena de caer en cierto desencanto. Así, sin descartar nuevos desarrollos (como la STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013, en la que concluyó una violación del art. 8 CEDH por las condiciones de desalojo de los demandantes –de las caravanas que servían de vivienda y expresaban su modo de vida– y los obstáculos al correspondiente realojo), es evidente que en materia de asistencia social o de lucha contra la pobreza y la exclusión social resulta más adecuada la base habilitante de los arts. 13 y 30 respectivamente de la Carta Social Europea que el art. 3 CEDH (decisión de inadmisibilidad del TEDH *Budina c. Rusia* de 18 de junio de 2009, sobre precariedad de una persona mayor a causa de la insuficiente pensión de jubilación), lo mismo que el art. 15 CSE se muestra más idóneo que el art. 8 CEDH en la inclusión social de las personas con discapacidad, como por lo demás ha reconocido la propia corte europea (entre otras, SS-TEDH *Botta c. Italia* de 24 de febrero de 1998 y *Molka c. Polonia* de 14 de abril de 2006, o decisión de inadmisibilidad *Jitka Zehnalova y Otto Zehnal c. República Checa* de 14 mayo de 2002).

En ese orden de cosas, intentando efectuar una lectura en clave más positiva con respecto al proceder inmovilista sobre situaciones de precariedad, o reacio en el terreno de la discapacidad, es pertinente señalar que ambas posturas del TEDH tal vez denoten un alarde de realismo, en el sentido de no poder abarcar más allá de lo que el texto convencional y sus protocolos le marcan, por más que fuerce las posibilidades hermenéuticas, pues finalmente no constituye en puridad un “Tribunal Europeo de Derechos Sociales”.

Desde esta perspectiva, acaso estemos cayendo en una especie de “obsesión convencional” o por el TEDH, pidiendo demasiado al sobrecargado “buque insignia” del Consejo de Europa, cuya resolución de “casos concretos” no es idónea en general para extraer soluciones colectivas como las exigidas para la vigencia del Estado social y los derechos sociales, especialmente en el crítico contexto actual (pensemos en el acceso a la salud de las personas migrantes o en las medidas de austeridad o “anticrisis” concernientes a la reforma del mercado de trabajo o de las pensiones). Y semejante obsesión conduce a perder de vista el potencial de otros mecanismos, jurisdiccionales o no, aptos para defender efectivamente los derechos sociales: cabría reparar incluso en la paradoja de encontrar supuestos de justiciabilidad sin efectividad (incumplimiento de sentencias) y, al contrario, otros de efectividad sin justiciabilidad (los remedios judiciales son subsidiarios y últimos).

Permítaseme entonces introducir en este contexto el posible impacto de la jurisprudencia del CEDS, que ilustraré con dos supuestos (anteriormente evocados) por referencia a sus dos mecanismos de control, a saber: de un

lado, el acceso universal a los cuidados de salud en el marco del sistema de informes (único que vincula directamente a España, por ser el obligatorio establecido en la CSE de 1961 –España no ha ratificado la CSE revisada de 1996–) y, de otro lado, el control de las medidas de austeridad a la luz del procedimiento de reclamaciones colectivas (no asumido por España, al no haber ratificado el protocolo de 1995 que lo establece, pese a tener impacto indirecto, como se verá a continuación, por el efecto de retroalimentación de ambos mecanismos de control). Veamos ambos supuestos:

- *Primera ilustración:* en sus conclusiones relativas a 2013 (publicadas en enero de 2014) el CEDS determinó que la exclusión (salvo en casos excepcionales) de las personas extranjeras en situación irregular del derecho universal de acceso a los cuidados básicos sanitarios era contrario al art. 11 CSE. Dicha exclusión se introdujo en reciente legislación estatal “anticrisis” que, pese a ser secundada en algunas comunidades autónomas, no ha sido objeto de asunción en otras. No resulta impertinente transcribir una parte sustancial de la argumentación jurídica del CEDS:

“Además, el informe (del Gobierno) completa la descripción de ese marco jurídico general y sus reformas con una mención explícita al Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, así como al Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, el Comité constata que el citado Real Decreto-ley 16/2012 (que, según el informe, es desarrollado por el Real Decreto 1192/2012) ha procedido en su art. primero a una modificación de la Ley 6/2003 [de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud] que implica una exclusión del acceso a la atención sanitaria en detrimento de los extranjeros en situación irregular, salvo en ‘situaciones especiales’ (urgencia por enfermedad grave o accidente; asistencia a la mujer embarazada, antes y después del parto; extranjeros menores de dieciocho años). Desde este punto de vista, el Comité considera que dicha exclusión del acceso a la atención sanitaria de los extranjeros adultos (de más de dieciocho años) en situación irregular es contraria al art. 11 de la Carta. En efecto, el Comité ya ha tenido ocasión de establecer que ‘los Estados Partes en la Carta (tanto en su versión de 1961 como en su versión revisada de 1996) han garantizado a extranjeros no cubiertos por la Carta derechos idénticos a los que enuncia la Carta o que son indisolubles de ella ya sea por la ratificación de tratados en materia de derechos humanos –en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos– ya sea por la adopción de normas de Derecho interno, cons-

titucionales legislativas u otras que no establecen distinción entre las personas expresamente mencionadas en el anexo y los demás extranjeros. De este modo, han asumido dichas obligaciones' (Conclusiones 2004, Observación interpretativa del art. 11, p. 10).

En este sentido, el Comité ha afirmado que los Estados Partes en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, 'se encuentren o no en situación irregular' (Médecins du Monde-International c. Francia, Reclamación n° 67/2011, decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, §144). En lo que concierne específicamente al art. 11, el Comité ha recordado que dicha disposición en su apartado 1, 'impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas apropiadas para eliminar las causas de una salud deficiente, y que según la interpretación del Comité ello significa, entre otros elementos, que los Estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que el sistema de salud debe ser accesible a toda la población', en la medida en que 'la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos -ya se trate de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos-' (Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. Francia, Reclamación n° 14/2003, decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004, §31; Defence for Children International c. Bélgica, Reclamación n° 69/2011, decisión de fondo de 23 de octubre de 2012, §§100-101). Esta idea de accesibilidad universal ha sido igualmente subrayada como uno de los elementos esenciales del derecho a la protección de la salud por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas: '§12. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte' [Observación general n° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)].

Además, la medida controvertida, según el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, era necesaria en el contexto de la crisis económica. En dicho contexto, el Comité había observado, en la Introducción general de las Conclusiones XIX-2 de 2009 sobre las repercusiones de la crisis económica sobre los derechos sociales que, si por un lado 'el aumento del paro pone en peligro los sistemas de seguridad social y de asistencia social, en la medida en que el número de beneficiarios aumenta mientras que los ingresos obtenidos de la fiscalidad y de las cotizaciones de seguridad social disminuyen', por otro lado, al suscribir la Carta de 1961, las Partes 'han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas

para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales'. Sobre esta base, el Comité concluyó que 'la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. Los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más' (GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia, Reclamaciones nº 65/2011 y nº 66/2011, decisiones de fondo de 23 de mayo de 2012, §16 et §12). Con el mismo espíritu, el Comité ha sostenido que, incluso teniendo en cuenta del contexto particular generado por la crisis económica, los Gobiernos implicados deben llevar a cabo un mínimo de estudios y análisis, así como de discusiones y consultas con las organizaciones implicadas, sobre los efectos de las medidas en cuestión, cuyo impacto sobre los grupos más vulnerables de la sociedad debería ser evaluado en profundidad (IKA-ETAM c. Grecia, Reclamación nº 76/2012, decisión de fondo de 7 de diciembre de 2012, §79). En todo caso, y a la luz de la complejidad de las medidas relativas a una reorganización del sistema de salud (eventuales medidas alternativas menos costosas en el plano financiero e incluso sobre el alcance real de la medida de exclusión controvertida para la salud pública del conjunto de la población), la crisis económica no puede ser el pretexto para una restricción o privación del derecho de acceso a la atención sanitaria que afecte a la sustancia o esencia de tal derecho. Pese a las evoluciones legislativas regresivas concernientes al acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular mencionadas más arriba, al haber sido adoptadas fuera del período de referencia (2008-2011), el Comité no está en condiciones de tomarlas en cuenta en la presente conclusión. Ello no obstante, si dicha legislación se mantiene, nada podrá demostrar en el próximo ciclo de control que la situación sea conforme a la Carta".

A la vista de esta resolución del CEDS, la misma significa que la normativa enjuiciada es contraria a la Carta Social y, por ende, debe ser modificada (por el Gobierno o por el Parlamento), desatendida (por las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias, incluido el personal sanitario que se vea confrontado a las situaciones controvertidas), inaplicada (por los órganos jurisdiccionales nacionales ejerciendo el control de convencionalidad) y anulada (por el Tribunal Constitucional). No sugiero un acto de "rebeldía" por parte de los diferentes poderes públicos nacionales, sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscri-

tos por España, pues todos esos órganos constitucionales deben atender y respetar el mandato interpretativo del art. 10.2 en conexión con el mandato aplicativo impuesto por los arts. 93 a 96 de la Constitución¹¹.

- *Segunda ilustración:* en el año 2012 dictó el CEDS las dos primeras decisiones que abordaron frontalmente la problemática de las medidas “anticrisis” de austeridad y flexibilidad del mercado laboral adoptadas bajo imposición de la Troika. Se trata de las dos decisiones de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012 de resolución de las reclamaciones colectivas nº 65/2011 y nº 66/2011 (ambas contra Grecia, formuladas por los sindicatos griegos Federación General de Empleados de las Compañías Públicas de Electricidad y Confederación de Sindicatos de Funcionarios Públicos).

En la primera decisión (Reclamación nº 65/2011), el CEDS concluyó que se había producido una violación del art. 4.4 CSE, por cuanto la ley nacional que autorizaba el despido sin preaviso ni indemnización de los asalariados con contrato de duración indefinida durante un período inicial de doce meses es incompatible con dicha disposición de la carta. En la segunda decisión (Reclamación nº 66/2011), el CEDS llegó a la conclusión de violación de diversas disposiciones de la Carta Social (arts. 4.4, 7.7, 10.2 y 12.3), al enjuiciar las disposiciones restrictivas sobre vacaciones anuales, sistemas de aprendizaje y formación, y cobertura de la seguridad social en los llamados “contratos de aprendizaje especiales” para asalariados de entre 15 a 18 años, así como las disposiciones referentes a la irrisoria remuneración (un pequeño porcentaje del salario mínimo nacional) susceptible de ser percibida por los asalariados recién incorporados al mercado laboral menores de 25 años.

Lo interesante de ambas decisiones es que el CEDS ha establecido una especie de ponderación de las medidas de flexibilización con la salvaguardia prioritaria de la dignidad de los trabajadores y trabajadoras. Ambas decisiones (lo mismo que las cinco decisiones de 7 de diciembre de 2012 sobre la drástica reducción de pensiones

¹¹ En especial, la interpretación del CEDS deberá ser tomada en consideración de manera determinante y decisiva por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su resolución (en estado de litispendencia) del conflicto positivo de competencias (nº 4540/2012) planteado por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno Vasco y contra diversas disposiciones del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi que divergen justamente del Real Decreto-ley 16/2012 [por el momento, véase el Auto 239/2012 del Pleno del TC de 12 de diciembre de 2012, en el que parece atisbarse la línea trazada por el CEDS en la materia que nos ocupa].

en Grecia¹²) han gozado de cierta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y gran eco mediático, en la medida en que el Gobierno griego incidía en el argumento de haber adoptado dichas medidas por imposición de la Troika, lo cual suscita las posibles divergencias de enfoques entre el Consejo de Europa y la UE. Acerquémonos a esta última.

III. Desafíos actuales para la Unión Europea en el terreno de los derechos sociales

No procede extenderse en la evolución normativa de los derechos sociales en el seno de la UE. En síntesis y por referencia al Derecho originario o primario, es de sobra conocido que el diseño formulado en los preámbulos de *los tres tratados fundacionales de 1951-57*, relativo a la mejora de las condiciones de vida de los europeos, reservaba un lugar preeminente a las cuatro clásicas libertades de sesgo económico (libre circulación de capitales, mercancías, personas y servicios) y dejaba muy poco espacio a lo social, al margen de algunas cláusulas aisladas sobre no discriminación entre nacionales relacionadas con la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y con la seguridad social.

Las *reformas de los Tratados constitutivos* han marcado avances sociales más o menos tímidos. Con el *Acta Única Europea de 1986* se introdujo la “política social” como nuevo capítulo competencial comunitario. Con el *Tratado de Maastricht de 1992*, en cambio, no solo se rechazó adjetivar de “política” la Unión Europea, sino que tampoco se aceptó la introducción de la lucha contra la exclusión social en el capítulo de la nueva “ciudadanía de la Unión” (que se recondujo a un “minicatálogo” de derechos civiles y políticos), además de acudirse a la fórmula del protocolo de salida o de

¹² Se trata de las cinco decisiones de fondo de resolución de las Reclamación nº 76/2012, 77/2012, 78/2012, 79/2012 y 80/2012. En la fundamentación jurídica de dichas decisiones (que conducen a la decisión de vulneración del artículo 12 CSE), el CEDS declara que las autoridades de un país no pueden utilizar el pretexto de medidas impuestas desde determinados organismos (la Troika) para eludir los compromisos asumidos en virtud de la CSE, que como tal tratado internacional debe ser respetado en el ámbito interno; tampoco se acepta la conocida como “doctrina Bosphorus” asumida por el TEDH (presunción general de conformidad del Derecho de la UE con respecto al CEDH). En particular, dice en esas decisiones que el artículo 12 CSE (derecho a la Seguridad Social) está concebido más en términos de progresividad que de regresión, pero, en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada y, en cualquier caso, el Gobierno griego no ha demostrado que haya intentado adoptar otras medidas alternativas menos costosas para la población afectada, ni que haya habido consultas y diálogo con los interlocutores sociales en un ámbito tan esencial. Adicionalmente, el efecto acumulativo de todo estos déficits, unido a las reducciones de las pensiones en sí, hace descansar exclusivamente sobre los pensionistas, en su calidad de contribuyentes, las consecuencias de la crisis económica de manera injustificada y contraria a la Carta Social Europea.

exclusión (*opt-out protocol*) para la política social. *El Tratado de Ámsterdam de 1997* introdujo bases habilitantes expresas para la adopción de legislación directa en diversos ámbitos sociales, así como importantes motivos explícitos (edad, discapacidad u orientación sexual) en la lucha contra la discriminación. Y a través del *Tratado de Niza 2001* se extendió el campo material del “método abierto de coordinación”, siguiendo presente e incluso habiéndose acrecentado el riesgo de “*dumping social*” ante la entrada en 2004-2007 de otros socios modestos (en este caso, de Europa Central y del Este).

Trasladados al momento actual, debe recalcar la asunción expresa de un catálogo propio de derechos sociales (el de la CDFUE) mediante el Tratado de Lisboa de 2007 en cuyo contexto (más prometedor que la “Estrategia de Lisboa” lanzada en 2000 y renovada con incertidumbre posteriormente), además de la cláusula social transversal (art. 9 TFUE), incluso la pretendida cláusula de *opting out* referente a la CDFUE (negociada por Polonia y Reino Unido y secundada por República Checa) debería verse atemperada o contrarrestada mediante la jurisprudencia del TJUE si este decide acudir a la CDFUE no como fuente directa, pero sí al menos por la vía de los principios generales del Derecho de la Unión.

Con estos mimbres, con anterioridad a la vigencia de la CDFUE, ciertamente el Tribunal de Justicia había destacado, en ausencia de una base normativa que reconociera un catálogo “propio” de derechos y libertades, por su relevante “jurisprudencia pretoriana”. En el caso de los derechos sociales, el TJUE también ha acudido a diversas técnicas interpretativas, entre ellas:

- Primeramente, la extensión a los derechos sociales de la fórmula referente a los “*derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto asegura el Tribunal*” (según la célebre sentencia *Stauder* de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69).
- En segundo lugar, otra línea de irrupción de los derechos sociales ha seguido la dinámica de la construcción europea y de la propia jurisprudencia comunitaria, asegurando una protección indirecta de aquellos bajo el manto de los objetivos sociales que en ciertas circunstancias dan pie para admitir restricciones nacionales a las libertades económicas de circulación y a las normas de competencia.
- Y, en tercer término, el principio de igualdad ha propiciado la entrada en escena de derechos sociales, bien al interpretarse normativa social sectorial adoptada por las instituciones comunitarias, bien en virtud de diversos motivos por los que no cabe discriminación. En cuanto a la

normativa sectorial, ya la conocida como STJUE *Defrenne II* (de 8 de abril de 1976, asunto 43/75), aunque relativa al principio de igualdad de remuneración entre sexos, propició que se aplicara su lógica “a otros aspectos de la política social” como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, un trato no desfavorable (por ejemplo, fiscal) en materia de beneficios y cotizaciones a la Seguridad Social de un trabajador por el hecho de ejercer la libre circulación de personas dentro del territorio de la Unión, la protección de los derechos de los trabajadores en casos de insolvencia del empresario o la continuación de la relación laboral en supuestos de transmisión de empresas. En lo concerniente al principio de igualdad, la jurisprudencia comunitaria es abundante. Desde hace tiempo ha sostenido el carácter abierto de la lista de motivos por los que no cabe discriminación (STJUE *Raz-zouk y Beydoun* de 20 de marzo de 1984, asuntos acumulados C-75/82 y C-117/82, sobre no discriminación sexual en el disfrute de pensiones de viudedad) y sigue consolidando su doctrina bajo las cláusulas, ya explícitas, de la CDFUE (v.gr., STJUE *Chatzi* de 16 de septiembre de 2010, asunto C-149/10, sobre el alcance del permiso parental en caso de nacimiento de gemelos), como la edad (STJUE *Kücükdeveci* de 18 de enero de 2010, asunto C-555/07), la discapacidad (STJUE de 17 de julio de 2008, *caso Coleman*, asunto C-303/06) o la orientación sexual (STJUE *Maruko* de 1 de abril de 2008, asunto C-267/06).

En esa misma dinámica positiva, aunque con vacilaciones, el TJUE no ha permanecido insensible al disfrute de determinados derechos sociales al contextualizarlos en el escenario de flexibilización del mercado laboral. Como ilustraciones, la STJUE *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols* (de 22 de abril de 2010, asunto C-486/08) ofrece una interpretación favorable del derecho a las vacaciones anuales retribuidas frente a los recortes provocados en caso de modificación de la jornada laboral (reducción de jornada completa a jornada a tiempo parcial) o de disfrute de permiso parental; o la STJUE *Bruno y Pettini* (de 10 de junio de 2010, asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08) se pronuncia asimismo en sentido favorable al cálculo de la antigüedad requerida para adquirir derecho a la pensión de jubilación en el caso de los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico.

Sin embargo, el TJUE revela en la actualidad dos corrientes jurisprudenciales preocupantes y una tercera modesta en el ámbito de los derechos sociales:

- La primera corriente, controvertida, viene marcada por la adopción de las SSTJUE *Viking* (de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05) y *Laval* (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05): según estos pronunciamientos, los derechos sociales (concretamente, de sindi-

cación y de negociación colectiva) habrían quedado sometidos a una lógica económica que los subordinaría a los imperativos de la libre circulación y la libre competencia. En ambos supuestos, la acción sindical pretendió contrarrestar prácticas deslocalizadoras de “*dumping social*”, pues en el primero las medidas de conflicto colectivo tendían a disuadir al empleador (Viking) de cambiar el pabellón finlandés de uno de sus buques y registrarlo bajo pabellón de otro Estado miembro (Estonia), y en el segundo esas medidas de conflicto perseguían que los asalariados de una empresa (Laval) de Letonia del sector de la construcción desplazados a Suecia pudieran acogerse al régimen laboral sueco más favorable que el del país de origen. En ambos casos, las SSTJUE habrían preferido ubicar el derecho de acción colectiva de los asalariados en la categoría de “derechos fundamentales de segundo rango” supeditados a las libertades económicas, a las que quedarían sometidos. Parece así establecerse una especie de jerarquización entre derechos sociales y libertades económicas en detrimento de los primeros. Resta saber si la posición inaugurada con las SSTJUE *Viking* y *Laval* es susceptible de nueva fluctuación en sentido conciliador operando una ponderación equilibrada e *indivisible o en pie de igualdad* de los derechos fundamentales en juego (derechos sociales y libertades económicas), especialmente tras la vigencia del Tratado de Lisboa y, con él, de la CDFUE¹³.

- La segunda corriente resulta igualmente decepcionante para la efectividad de los derechos sociales: los recientes pronunciamientos del TJUE sobre derechos sociales consagrados en la CDFUE y su posible proyección en el ámbito nacional y en las relaciones entre particulares no invitan demasiado al optimismo, como ilustran las SSTJUE *Association de médiation sociale* (15 de enero de 2014, asunto C-176/2012)¹⁴ y *Víctor Manuel Julián Hernández y otros* (10 de julio de

¹³ En tal sentido, genera ciertas expectativas la más reciente STJUE *Comisión c. Alemania* (de 15 de julio de 2010, asunto C-271/08) en la que, si bien el juicio de ponderación de los jueces de Luxemburgo se decanta por las libertades económicas, se alude a la negociación colectiva claramente como derecho fundamental (mencionándose, adicionalmente, por vez primera la Carta Social Europea revisada de 1996 junto a la CDFUE) y se opera un análisis de conciliación (y no de jerarquización) entre derechos fundamentales que parece ir más en la línea de la STJUE *Schmidberger* (de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00), en la que, junto a la STJUE *Omega* (de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02), parecería incluso haberse otorgado prevalencia a los derechos fundamentales frente a las libertades clásicas del mercado.

¹⁴ En el fallo de dicha STJUE puede leerse: “*Las disposiciones del artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por sí solo o en conjunción con las disposiciones de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, deben interpretarse en el sentido de que, cuando una disposición nacional de transposición de esa Directiva, como el artículo L. 1111-3 del Código de trabajo francés, es incompatible con el Derecho de la Unión, ese artículo de la Carta no puede ser invocado en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de esa disposición nacional*”.

2014, asunto C-198/13)¹⁵, sobre los arts. 27 y 20 respectivamente de la CDFUE.

- La tercera corriente puede calificarse de modesta a tenor de la envergadura de la problemática de fondo (el drama de los desahucios en España), al estar en juego el fundamental derecho a la vivienda digna, reconocido tímidamente en el art. 34 CDFUE. La problemática generada por la insólita y reprochable configuración de la dación en pago (con claro desequilibrio en perjuicio de la parte más débil, el deudor hipotecario, frente al banco acreedor) solo ha sido acometida por el TJUE de manera sectorial (a través de la protección de los consumidores y usuarios¹⁶) y con un enfoque marcadamente procedimental (relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva) que, ciertamente, no ha resuelto el problema de fondo, el cual todavía persiste. Aun con todo, ante la ausencia de medidas generales en España (que no han sido objeto de consenso en el ámbito español, dado el modo vergonzoso en que los dos partidos mayoritarios que han ocupado sucesiva y alternativamente el poder han rehuido dicho problema), ha habido algunos pronunciamientos de esa índole procedimental del TJUE que naturalmente han tenido un fuerte impacto mediático en nuestro país, especialmente la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (Sala Primera, Aziz, asunto C-415/11)¹⁷. La prueba, en cambio, de que el problema no está resuelto la suministran otros pronunciamientos posteriores y más

¹⁵ El fallo de la STJUE Víctor Manuel Julián Hernández y otros va en la misma dirección: “Una normativa nacional, como la discutida en el litigio principal, según la cual el empresario puede reclamar al Estado miembro interesado el pago de los salarios de tramitación devengados durante el procedimiento de impugnación de un despido después del 60º día hábil siguiente a la presentación de la demanda, y, según la cual, cuando el empresario no ha pagado esos salarios y se encuentra en estado de insolvencia provisional, el trabajador interesado puede, como consecuencia de una subrogación legal, reclamar directamente a ese Estado el pago de dichos salarios, no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y, por tanto, no puede ser examinada a la luz de los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, de su artículo 20”.

¹⁶ Con apoyo en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

¹⁷ En primer punto de la parte dispositiva de la STJUE Aziz se dice: “La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.

recientes, como la STJUE de 17 de julio de 2014 (*Sánchez Morcillo*, asunto C169/14)¹⁸.

Por supuesto, esas sentencias del TJUE traen su origen de la voluntad positiva de los órganos jurisdicciones nacionales que han puesto en entredicho el sistema jurídico español en ese terreno planteando las correspondientes dudas ante el Tribunal de Luxemburgo. Podría afirmarse que esos apuntes jurisprudenciales muestran la posible justiciabilidad de los derechos sociales frente a opacas operaciones económicas, las cuales generan la inexorable impresión en la ciudadanía de que los rescates financieros (se les quiera llamar así o no oficialmente), en el caso de España, se han dirigido más bien a salvar a la banca que a las personas.

IV. Las Europas sociales no pueden caminar por separado en la actualidad, ni los Estados miembros derrapar por senderos asociales

En el seno del Consejo de Europa, la existencia de diferentes bases normativas y diversos mecanismos de garantía en el CEDH y en la CSE puede generar contenciosos paralelos (entre el TEDH y CEDS). Y ello no solo por la mencionada coincidencia de redacción entre los dos tratados en algunas materias (trabajo forzado, sindicación, educación, etc.), sino asimismo por la utilización más o menos extensiva de la cláusula de no discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo nº 12, así como preámbulo de la CSE de 1961 y art. E CSE revisada de 1996) y, por supuesto, por la *incursión* mutua (del TEDH en la CSE y del CEDS en el CEDH).

Esos contenciosos han generado divergencias jurisprudenciales en el pasado que, por el contrario, han hecho emerger asimismo una *voluntad jurisdiccional positiva* de enriquecimiento mutuo (convergencias) por parte de los dos órganos de garantía de Estrasburgo. A modo de ilustración, el CEDS había elaborado una interpretación más dinámica y favorable a la libertad sindical (art. 5 CSE) en su faceta negativa (con respecto a las cláusulas

¹⁸ El fallo de la STJUE *Sánchez Morcillo* dispone: “El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva”.

sulas de monopolio sindical previas a la contratación) que la jurisprudencia inicial más restrictiva de dicha libertad por parte de la corte europea (art. 11 CEDH). Ese enfoque evolutivo del CEDS (confirmado mediante la Decisión de fondo de 22 de mayo de 2003, dictada en la Reclamación colectiva nº 12/2002, *Confederación de empresas suecas c. Suecia*) ha sido objeto de recepción por la jurisprudencia ulterior del TEDH, con mención expresa a la jurisprudencia del CEDS (STEDH *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca* de 11 de enero de 2006). Ese mismo espíritu de interacción se manifestó en la famosa STEDH *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008 sobre libertad sindical y negociación colectiva de funcionarios, o en la más reciente ya citada STEDH *Winterstein y otros c. Francia*¹⁹ de 17 de octubre de 2013 sobre derecho a la vivienda.

A pesar de ello, la necesidad de diálogo judicial sigue siendo acuciante, como lo demuestra la controvertida Decisión del TEDH de 7 de mayo de 2013, de inadmisibilidad de las demandas nºs 57665/12 y 57657/12 [*Ioanna KOUFAKI c. Grecia*” y *ADEDY (Confederación de Sindicatos de Funcionarios Públicos)*²⁰ *c. Grecia*”]. A este respecto llama la atención que, a pesar de la identidad de objeto entre las circunstancias de ambas demandas y las sometidas al examen del CEDS mediante las reclamaciones nº 65/2011 y nº 66/2011 contra Grecia anteriormente reseñadas, el TEDH decide ignorar y ni siquiera mencionar las decisiones del CEDS de 23 de mayo de 2012 para declararse (apartado 50 de la decisión de inadmisibilidad) “*competente para conocer de las alegaciones formuladas*” y, no obstante, añadir que “*para el Tribunal no se desprende ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados*” por las disposiciones convencionales invocadas. Por mi parte, sobran comentarios acerca del grado de motivación consistente en no detectar “*apariencia de violación*” y así concluir que las demandas son “*manifiestamente infundadas*”, pero la decisión del TEDH invita desgraciadamente, cuando menos, al escepticismo.

Por otra parte, si introducimos en la escena la idea de Europa social por referencia a la Unión, comprobamos que el TJUE ha quedado al margen del análisis de las medidas anticrisis impulsadas por la Troika, las cuales sí han recibido un severo reproche por parte del Parlamento Europeo bajo una doble óptica: por ahondar en el endémico déficit democrático (la Eurocámara denuncia su exclusión, siquiera a título de consulta, con respecto a la opaca organización y gestión de las operaciones de la Troika) y por vulnerar el acervo social europeo (con cita explícita de la CSE y de las

¹⁹ Tanto en las fuentes (§§80-89, cita explícita de las decisiones adoptadas por el CEDS en las reclamaciones nº 33/2006, 51/2008 y 64/2011) como en la *ratio decidendi* (§§165-167, mención expresa de la decisión del CEDS en la reclamación nº 51/2008).

²⁰ Repárese en que dicho sindicato demandante ante el TEDH es el mismo que introdujo exitosamente la Reclamación nº 66/2011 contra Grecia ante el CEDS (*supra*).

decisiones del CEDS contra Grecia)²¹. Por cierto, el Defensor del Pueblo Europeo, que recibió alguna queja denunciando esas medidas de austeridad en Grecia, se estimó incompetente para abordar el problema, pero ejerció de “mediador” incitando al Parlamento Europeo a pronunciarse en tal sentido²².

Prosiguiendo con la UE, la verdad es que la omisión del TJUE en el terreno de las medidas de austeridad vislumbra una deliberada incompetencia que evita un conflicto frontal con las instancias del Consejo de Europa (TEDH o CEDS) no siempre evitable. Así ha sucedido con motivo del conocido “asunto Laval”. Concretamente, en la decisión de fondo de fecha 3 de julio de 2013 (de resolución de la Reclamación nº 85/2012, *Confederación General del Trabajo de Suecia y Confederación General de Directivos, Funcionarios y Empleados c. Suecia*) se analizaron los cambios introducidos en el terreno de la libertad sindical y la negociación colectiva en la legislación sueca tras la sentencia *Laval* del TJUE (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05). El CEDS ha adoptado una postura divergente a la del TJUE, al concluir una violación de los apartados 2 y 4 del art. 6 (derecho a la negociación colectiva), así como de las letras a) y b) del art. 19.4 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia, concretamente a recibir un trato no menos favorable que los nacionales en materia de remuneración y demás condiciones laborales, y de afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos) de la Carta Social Europea.

Así pues, es menester que las dos europas (Consejo de Europa y UE) caminen de la mano, en lugar de por caminos separados, divergentes o abiertamente contradictorios, en busca de la solución más favorable a la protección de los derechos sociales. Al tiempo, los Estados miembros (del Consejo de Europa y de la UE) no deben descarrilar de la vía del acervo social europeo. A tal efecto, las instancias garantistas nacionales (jurisdiccionales o no, como las defensorías del pueblo) están llamadas a jugar un papel de primer orden.

En el plano judicial ordinario, algunos órganos jurisdiccionales españoles han llegado a ejercer el “control de convencionalidad” con apoyo en las decisiones del CEDS contra Grecia (en concreto, la dictada el 23 de mayo de 2012 en la Reclamación nº 65/2011) para, haciendo valer la prevalencia de un tratado (a la sazón, la CSE) sobre la normativa nacional (la legisla-

²¹ Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2014/2007(INI)).

²² Decision of 7 November of 2012 of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 973/2012/ANA against the European Commission.

ción de reforma del mercado laboral que implantó, entre otras medidas, el contrato de apoyo a emprendedores que da entrada a un periodo de prueba de doce meses durante los cuales es posible el despido sin indemnización y sin preaviso), descartar la aplicación de esta última: esa postura la inauguró la Sentencia nº 412/2013, de 19 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona (procedimiento nº 426/2013 en materia de despido) y ha sido seguida con diversa intensidad por otros órganos jurisdiccionales del orden social.

Diversamente, el TC ha decidido sencillamente ignorar la citada decisión del CEDS al pronunciarse explícitamente sobre esa misma norma nacional en la reciente STC 119/2014, de 16 de julio (recurso de inconstitucionalidad nº 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo); el pronunciamiento mayoritario contrasta con el voto particular discrepante suscrito por tres magistrados constitucionales, que sí mencionan la reiterada decisión del CEDS. Verdaderamente, el proceder del TC resulta de lo más preocupante, al no atender el canon europeo y, por tanto, establecer una especie de brecha entre este y el canon constitucional que, sin embargo, no debería producirse, por la sencilla razón de que el canon europeo es también canon constitucional (impuesto por los arts. 10.2 y 93 a 96 de la Constitución) y, consecuentemente, canon que se impone a la propia jurisdicción constitucional. El TC está sometido a la Constitución, no por encima de ella y, lógicamente, esa sumisión se extiende a las mencionadas disposiciones constitucionales²³.

V. Algunas reflexiones finales, casi políticamente incorrectas, sobre el modo de enfocar hoy los derechos sociales en Europa

Llegados a este punto, me parece fundamental en primer término que, en el ámbito europeo, no sigamos empecinados en reinventar, sino en ser coherentes y dotar de efectividad a lo ya inventado. Intentaré explicarme con algunas reflexiones a modo de pregunta:

²³ Lamentablemente, el TC se ha alejado asimismo en otros casos recientes del canon europeo (en este caso, del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, en un asunto muy relevante referente al disfrute del derecho a la vivienda), pese a ocuparse de supuestos sustancialmente análogos a los resueltos en Estrasburgo, como en la STC 188/2013, de 14 de noviembre (recurso de amparo nº 3769-2012), en donde decide apartarse de lo resuelto por la ya citada STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013. En el caso de la STC 188/2013, dos de los cinco magistrados suscribieron un voto particular discrepante con sólido apoyo en esa sentencia europea; a la sazón, esos dos magistrados son asimismo dos de los tres que luego han suscrito el voto disidente frente al criterio mayoritario de los otros nueve en la STC 119/2014 sobre la reforma laboral.

- Ya que se decide “reinventar” una CDFUE (con el enorme coste económico que ello comportó en dietas, etc. para los redactores, expertos, etc.) con catálogo de derechos pero sin garantías específicas, ¿por qué no poner más empeño en explotar “al alza” las sinergias en ella previstas, concretamente a la luz de la interacción entre los niveles de protección mencionados en el título VII, en congruencia con el principio *favor libertatis* contemplado en el art. 53 CDFUE, lo mismo que en el art. 53 CEDH o en el art. 32 CSE art. H CSE revisada?; ¿por qué obviar en sede jurisdiccional comunitaria que el catálogo de derechos sociales de la CDFUE –especialmente incluidos en el título sobre “solidaridad”– se ha basado en la CSE revisada de 1996, como explícitamente se reconoce en las explicaciones anejas del Praesidium?; ¿por qué se genera desde el TJUE en su jurisprudencia más reciente la sensación de que es más tímido ahora con respecto al catálogo de derechos sociales de la CDFUE, esto es, ahora que cuenta con una base habilitante expresa, que en su precedente jurisprudencia social pretoriana?
- De nuevo, si según esas explicaciones anejas los derechos sociales de la CDFUE se han elaborado inspirándose en las concretas disposiciones de la CSE revisada de 1996, ¿por qué se admite en la UE la incoherencia de que todavía algunos de sus Estados miembros –como Alemania o España, a diferencia de nuestros vecinos Francia, Italia o Portugal– no hayan aceptado la CSE revisada?; ¿por qué se admite asimismo en el Consejo de Europa que algunos de sus Estados miembros, que también coinciden en parte con los mencionados de la UE, no hayan ratificado la propia CSE revisada, de la misma manera que se exige la ratificación del CEDH para la pertenencia al Consejo de Europa, en clara incongruencia hipócrita con el discurso sobre la indivisibilidad de los derechos (como si los derechos sociales no estuvieran en pie de igualdad con los derechos civiles y políticos; o como si la democracia social no fuera igual de necesaria que la democracia civil y política; o como si los tres pilares del Consejo de Europa –democracia, Estado de derecho y derechos humanos– no cubrieran asimismo la vertiente social –como democracia social, Estado social y derechos sociales–?
- Con la misma filosofía, si tenemos claro, y así nos gusta resaltarlo, que los derechos valen tanto como las garantías, ¿cómo se admite en el seno del Consejo de Europa a países miembros que no acepten el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS (la indivisibilidad de los derechos debe comportar la indivisibilidad de sus garantías; como es sabido, el procedimiento de demanda individual también se configuró inicialmente como facultativo ante el TEDH hasta que devino lógicamente obligatorio desde 1981)?; ¿cómo se entiende la incoherencia de algunos Estados miembros del Consejo de Europa (como Espa-

ña, Eslovaquia o Bosnia-Herzegovina) consistente en haber aceptado el reciente procedimiento de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y no en cambio el mecanismo de reclamaciones colectivas ante el CEDS?

Retomemos una crítica inicial: las incongruencias, inconsistencias o incoherencias recaladas nos indican que no estamos confrontados a un problema de adopción de normas o de establecimiento de garantías sobre derechos sociales, sino a un problema de compromiso y voluntad positiva para sacar rendimiento a las normas y garantías ya establecidas, dotando de efectividad a los derechos sociales reconocidos.

Traslademos ahora algunas reflexiones al ámbito interno, nuevamente a modo de preguntas:

- Ya que se decide “reinventar” declaraciones autonómicas de derechos (sobre todo de derechos sociales) en los “nuevos” estatutos a partir de 2006 o incluso nuevas cartas autonómicas de derechos sociales en algunos casos, ¿por qué no explotar “al alza” ese canon autonómico y las sinergias con los cánones constitucional y europeo, en vez de introducir legislación regional restrictiva de leyes estatales –por ejemplo, de la ley estatal de dependencia de 2006²⁴– o de concebir la garantía de esas nuevas cartas regionales de derechos sociales en clave de *voluntarista factibilidad*²⁵?
- Al hilo de este último aspecto, es evidente la falta de voluntad y de

²⁴ Concretamente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, reconoce explícitamente en su art. 4.1 el *derecho subjetivo* a acceder a los servicios sociales y, a renglón seguido, el apartado 2.j) del mismo art. 4 alude al derecho específico “a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo”. Ahora bien, la justiciabilidad del derecho controvertido ha adquirido tintes más complejos en alguna comunidad autónoma (especialmente en la valenciana) como consecuencia de la Ley 15/2007, de 27 de diciembre, de la Generalitat, de Presupuestos para el ejercicio 2008, que estableció en su disposición adicional undécima la desestimación por silencio administrativo de las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia y de las prestaciones pertinentes para las personas dependientes. Frente a ello, además de las críticas dirigidas por organizaciones de la sociedad civil, el Comité Económico y Social de la Comunitat Valenciana instó en octubre de 2008 al ejecutivo autonómico a promover una modificación legislativa que hiciera imperar el silencio positivo y, sobre todo, el Defensor del Pueblo español formuló en marzo de 2008 contra la polémica disposición un recurso de inconstitucionalidad (núm. 2394-2008). Dicho recurso fue acogido, estimándose mediante la STC 86/2013, de 11 de abril, en donde, basándose en los límites materiales de las leyes de presupuestos, el TC concluye la nulidad del precepto legal autonómico impugnado.

²⁵ P. ej., la Ley 4/2012, de 15 de octubre, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana, establece sus garantías económicas en estos términos: “Los presupuestos de la Generalitat, en el marco de las disponibilidades anuales, contendrán los recursos suficientes para el cumplimiento efectivo de los derechos contenidos en la presente carta”.

responsabilidad al establecer las prioridades y manejar los recursos públicos: ¿cabe imaginar el gran número de prestaciones sociales que podrían satisfacerse a personas necesitadas si las administraciones públicas españolas no hubieran de abonar millones de euros en intereses de demora –por cierto, por imposición de la normativa comunitaria europea, transpuesta al ordenamiento interno²⁶– por pagar tarde a empresas privadas suministradoras de material farmacéutico y equipos médico-sanitarios a los hospitales públicos?; ¿por qué suprimir defensorías del pueblo autonómicas o números de esaños en parlamentos regionales?; ¿no se trataría mejor, acaso, de gestionar bien esas instituciones en lugar de hacerlas desaparecer? De nuevo, encontramos medidas coyunturales económicas sin visión de permanencia (asegurada por las instituciones y no por las personas –confiemos en la honestidad, sin descuidar la lucha contra la corrupción– y de futuro (confiado a nuestras generaciones venideras).

- Acudiendo otra vez al juego de las incongruencias, ¿cómo se entiende que esas nuevas declaraciones autonómicas de derechos (en los estatutos, en cartas o en legislación regional) recojan derechos sociales de los reconocidos en la CSE revisada de 1996 (a modo de “pasarela material”) y, al tiempo, España no haya ratificado esta²⁷?

Y unas ulteriores reflexiones, de índole transversal, sobre el modo descartado en que hemos venido enfocando los derechos en Europa:

- Si somos coherentes con el principio de indivisibilidad, ¿acaso no hemos sido capaces todavía, en el contexto de la crisis, de darnos cuenta de que la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos sociales comporta la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos civiles y políticos? Así, en algunos países (señaladamente, en España) está adquiriendo lamentablemente más visibilidad la legislación restrictiva sobre derechos civiles (manifestación, etc.) que la legislación impregnada de austeridad y recortes sociales, dado que las restricciones a los derechos cívico-políticos pretenden acallar las protestas ciudadanas frente a las regresiones sociales. En paralelo, en el terreno político debe quedar claro que el coste de no respetar los

²⁶ Véase el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

²⁷ Con el mismo espíritu, repárese en el ámbito de los derechos civiles en este ejemplo: la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía en comparación con la ley estatal (Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) se remite explícitamente al Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio de 2009, paradójicamente no ratificado (y ni siquiera firmado) por España.

derechos sociales es mayor que el de su respeto. Por su lado, algunas ONG que se ocupaban exclusivamente de los derechos civiles han incorporado el discurso de la indivisibilidad a su actividad, abordando asimismo la defensa de los derechos sociales (pues todos los derechos son inherentes a la dignidad humana y hemos de estar “indignados” cuando no se respetan todos ellos).

- Si somos consecuentes con nuestras responsabilidades compartidas: ¿no es hora ya de que aclaremos el sentido de nuestra responsabilidad política –incorporando los instrumentos europeos básicos de derechos sociales–, nuestra responsabilidad institucional –instituciones como las defensorías del pueblo desempeñan un papel preventivo y de difusión fundamental de los derechos sociales–, nuestra responsabilidad jurisdiccional –jurisdicciones ordinarias y jurisdicción constitucional, ejerciendo eventualmente el control de convencionalidad y asumiendo el canon internacional más favorable–, nuestra voluntad académica –el mundo universitario no puede quedar encerrado en una ciega sofisticación jurídica que le empuje a seguir ocupándose “obsesivamente” de los derechos civiles con menosprecio de los derechos sociales, es decir, centrándose en instrumentos y mecanismos prioritariamente dedicados a los derechos civiles como si fueran la panacea de la defensa de los derechos sociales–, nuestra voluntad social y mediática –papel esencial de las organizaciones de la sociedad civil y de los medios de comunicación–...?

Por último, recordemos: ya existen reglas (normas) sobre derechos sociales: incorporémoslas, interpretémoslas y apliquémoslas “al alza”, sin necesidad de reinventar otras. Ya existen garantías de derechos sociales: incorporémoslas y armonicémoslas igualmente inspirándonos en el principio “*favor libertatis*”, sin necesidad de reinventar otras. Y, sobre todo, reinventémonos nosotros mismos: si los derechos valen tanto como las garantías, las garantías valen tanto como un ejercicio de voluntad positiva al asumir nuestras responsabilidades compartidas en la promoción y defensa de los derechos sociales.

EL DERECHO A VIVIR EN ESPACIOS SOCIO-URBANOS DIGNOS Y EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

JON AGUIRRE
Arkitekto-hirigilea / Arquitecto-urbanista

Vivimos un momento histórico de cambio de época. Nuestras pautas de vida y de trabajo se han transformado; también lo ha hecho la manera en la que nos comunicamos y nos relacionamos, por no hablar de las estructuras familiares, las cuales ya no responden a los cánones tradicionales en las que la cabeza familiar marcaba un referente jerárquico incuestionable. Todos estos parámetros describen la base sobre la que comienza a construirse un consenso cada vez más amplio acerca de la necesidad de reconfiguración de las estructuras políticas y sociales tradicionales. E Internet, las redes sociales virtuales y las tecnologías de la información y comunicación (TIC) están desempeñando un papel decisivo en el desarrollo de esta nueva conciencia colectiva²⁸.

Tal y como indica acertadamente Mark Poster, Internet no es un nuevo «martillo» que sirve para clavar más rápido los «clavos» de siempre. Internet no es el fax. Es un invento que está transformando radicalmente la forma en la que los seres humanos nos comunicamos, nos relacionamos o nos asociamos. En la red se generan dinámicas sociales que se reflejan en la esfera física, lo que produce una alteración de las pautas sociales que, a su vez, se reflejan en la esfera virtual. De este modo, se genera un bucle de retroalimentación que define un espacio relacional híbrido, sobre el que se está formalizando un inminente cambio de paradigma sociopolítico.

En este sentido, Internet seguramente se pueda asemejar a la imprenta o la máquina de vapor de nuestro tiempo, más que a un nuevo «martillo», pues plantea un escenario colectivo en el que se establecen nuevas formas de relacionarse y de vivir. Para entender esta comparación hay que atender a cómo estos dos avances tecnológicos transformaron las relaciones socioeconómicas y la irrupción de nuevos agentes que estuvieron en el origen de las posteriores revoluciones (la francesa y la rusa). Si la imprenta de Gutenberg permitió la universalización del conocimiento y el surgimiento de la Ilustración, la máquina de vapor transformó las estructuras económicas, posibilitando el surgimiento de la clase obrera, así como los movimientos y partidos en torno a esta. Internet está también alterando las relaciones de poder político desde las que están surgiendo nuevas formas de hacer y entender la política encaminadas a transformar radicalmente las relaciones y el espacio de poder establecidos.

De esta manera, Internet nos permite recuperar, gracias a las posibilidades capacidad de compartir, colaborar y de movilizarse, el debate sobre lo común, superando la castrante dicotomía entre mercado y Estado. Y es precisamente ese nuevo escenario sociopolítico el que nos permite superar la lógica delegacionista decimonónica y avanzar hacia estadios

²⁸ Sobre la influencia entre nuevas tecnologías en la sociedad y en la política: SUBIRATS, Joan: *Otra sociedad, ¿otra política?* Barcelona: Icaria editorial, 2011.

más emancipatorios. Con Internet estamos aprendiendo a desarrollar nuevas capacidades que permiten una mayor autonomía entre la población y que han de tenerse en cuenta a la hora de plantear la nuevas formas de gestión e intervención en la ciudad y el territorio.

Esta introducción no pretende ser un alegato ciberooptimista ni mucho menos. Simplemente es un intento de reflejar el contexto actual sobre el que nos va a tocar intervenir. Si no lo conocemos, no podremos establecer estrategias participativas eficaces que se hagan eco de este nuevo escenario social. No podemos permanecer ajenos a estos condicionantes, pues abren un nuevo y estimulante campo de acción en el que muchos de los preceptos válidos hasta el momento han de ser reformulados. Los nuevos retos que se nos plantean requieren no solo nuevas herramientas, sino un profundo cambio en las estructuras de pensamiento.

Desde luego, esta revolución en ciernes no opera exclusivamente en una dimensión tecnológica; también lo hace en el ámbito económico, político y social. Por una parte, estamos siendo testigos tanto del desmantelamiento del Estado del bienestar como de un creciente cuestionamiento y rechazo al sistema capitalista que lo sustentaba. Por otra y seguramente a consecuencia de lo anterior, no podemos obviar que el divorcio entre instituciones y sociedad civil es cada vez más amplio. Buena prueba de ello es el hecho de que el número de protestas sociales en contra de la degradación del sistema democrático y el Estado del bienestar ha crecido exponencialmente en los últimos años²⁹, o que también han proliferado los movimientos contrahegemónicos: la Primavera Árabe, el #15M u Occupy Wall Street (#OccupyWS) son algunos de los que mejor reflejan esta reciente eclosión de nuevas formas organizativas y la escalada del descontento. Pero no son los únicos. La movilización social es una tendencia global que cada vez va incorporando connotaciones más urbanas y territoriales. Desde las protestas #VemPraRua de Brasil, cuyo detonante fueron la subida de tasas del transporte público y la especulación derivada de las Olimpiadas y el Mundial de Fútbol, hasta las recientes protestas en Rumanía por la apertura de una mina de oro, pasando por el caso más evidente de #OccupyGezi, que surge para detener el proyecto de construcción de un centro comercial en la plaza Taksim en Estambul (Turquía).

²⁹ El doctorando por la Penn State University John Beiler ha creado una visualización que recoge todas las protestas registradas en el planeta desde 1979. Es realmente sorprendente, porque lo que se puede ver en el vídeo son pequeños repuntes apareciendo aquí y allá en la década de 1970, un tiempo que pensamos que fue políticamente muy convulso, mientras que los puntos de movilizaciones comienzan a crecer exponencialmente hasta casi eclipsar el mundo a partir de finales de los 90, coincidiendo con las protestas antiglobalización y la segunda guerra de Irak hasta el momento presente. El vídeo se puede ver en el siguiente enlace: <http://www.ultraculture.org/watch-a-jaw-dropping-visualization-of-every-protest-since-1979/>.

En España, la irrupción del 15M fue un claro ejemplo de este cambio de paradigma al que estamos aludiendo. Porque detrás del famoso lema «¡No nos representan!» hay mucho más que un amplio descontento social frente a las instituciones y los partidos políticos. Bajo él subyacen unas ganas renovadas de participar e involucrarse en la política de lo cotidiano, en las decisiones que configuran nuestro entorno, en la respuesta conjunta a los problemas colectivos, así como en el establecimiento de redes de apoyo mutuo que permitan introducir mejoras en nuestro hábitat. La esfera local se fortalece y se conecta gracias a los avances tecnológicos con lo global, y es precisamente en esta tensión entre lo hiperlocal y lo hiperglobal donde podemos encontrar las claves del cambio de paradigma en la práctica urbanística y en los procesos participativos.

A pesar de la clara deslegitimación de instituciones, partidos, sindicatos y demás estructuras políticas que hasta el momento han capitalizado los canales de participación «democrática», paralelamente estamos observando cómo la Administración muestra una sensibilidad cada vez mayor hacia la participación ciudadana. Ya sea por intereses políticos o como mero ejercicio cosmético, lo cierto es que cada vez son más las instituciones públicas que impulsan, con mayor o menor acierto, procesos participativos. Por ello, convendría interpretar este «mantra» participativo como una oportunidad que nos permita realmente desarrollar prácticas y experiencias que avalen la idea de que a través de la participación ciudadana los proyectos urbanos son mejores y más eficaces.

Evidentemente, no conviene ser ilusos en este campo y pensar que las personas al frente de los poderes públicos van a decidir ahora, súbitamente, ceder su parcela de poder a la ciudadanía, y hay que ser conscientes de que muchas veces los procesos participativos no son más que objetos propagandísticos vacíos de contenido. Pero también es verdad que hoy en día existe una intención «aperturista» cada vez mayor por parte de los organismos públicos que técnicos y ciudadanos tenemos que saber aprovechar y canalizar en aras del bien común.

Para ello, tenemos que empezar a generar experiencias que avalen esa necesidad de hacer partícipe e implicar a la comunidad en el desarrollo de los proyectos que pretendan modificar su entorno próximo. Tenemos que ser capaces de demostrar, a través de proyectos concretos, que los proyectos desarrollados a través de la participación ciudadana no solo son necesarios, sino que son posibles y mejores. No obstante, para producir este cambio de paradigma en el urbanismo no necesitamos únicamente «buenas prácticas» o procesos exitosos, sino además una nueva mentalidad y una nueva teoría para poder afrontarlos.

Vivimos y pensamos las ciudades desde una perspectiva fuertemente enraizada en una teoría que debe actualizarse. Es el momento de avanzar sobre estas bases y desarrollar nuevas formas y vías de intervenir en el territorio. Si comprendemos que Internet altera la forma en la que interactuamos las personas, en la que muchas de las lógicas de la esfera virtual modifican las pautas sociales de la esfera física y viceversa; que transforma los procesos de intermediación estableciendo un marco conceptual y relacional más horizontal; que genera vínculos mucho más directos e inmediatos; y que supone, en consecuencia, una intensificación de las relaciones personales, podemos aceptar que estamos ante un profundo cambio en nuestras sociedades. Por ende, la manera en la que se piensan los procesos participativos tendrá que adaptarse también a esta evolución.

Instaurar el derecho a la ciudad

El título de este artículo, que fue sugerido por el propio Ararteko y que aceptamos gustosamente, bien podría resumirse en ese “derecho a la ciudad” que reclamaba el filósofo y sociólogo francés Henri Lefebvre en su homónimo y totémico libro³⁰. Evidentemente, resultaría una osadía haber tratado de plantear ese mismo nombre para este texto. No obstante, ese concepto tal vez responda mejor a las ideas que se quieren desarrollar en él. En este sentido, Lefebvre se refería al “*derecho a la ciudad*” como uno de los derechos fundamentales de las personas, un derecho que implica la motivación de la ciudadanía para construir la ciudad de forma colectiva, como parte de un proyecto común. La obra, que surge a raíz de analizar el desarrollo de ciudades en los países de economía capitalista, denuncia la transformación de la ciudad en un mero producto al servicio exclusivo de los intereses de la acumulación del capital.

Estas ideas sobre el entorno urbano fueron planteadas a finales de los años 60, pero siguen siendo totalmente vigentes a día de hoy, no solo porque numerosos autores las sigan reivindicando y reformulando en sus textos (David Harvey, Saskia Sassen o Jordi Borja pueden ser los referentes más destacados), sino porque la propia realidad nos ha demostrado cómo en el último medio siglo la ciudad se ha convertido, entre otras cosas, en un mecanismo absolutamente eficaz para dar rienda suelta a las lógicas especulativas del sistema financiero global. De esta manera, la ciudad ha dejado de ser en gran medida un espacio de encuentro, relación, debate y emancipación social para pasar a ser un subproducto urbanístico anodino de las operaciones orquestadas desde los poderes económicos y políticos.

³⁰ LEFEBVRE, Henri: *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Península, 1969.

Esta situación se ha hecho especialmente palmaria en el Estado español: ahí tenemos toda una burbuja inmobiliaria que lo demuestra, como todas sus dramáticas causas y consecuencias. Así, en los últimos veinte años hemos visto ciudades crecer bajo una única directriz: la especulación. Durante ese periodo se consolidó un modelo de ciudad antisocial e insostenible que, por norma general, hundía sus raíces en la corrupción y el tráfico de influencias.

Alcanzar dicho escenario fue posible gracias a una confluencia de diversos factores. Si bien no se pretende realizar un exhaustivo análisis crítico de aquella época, sí conviene apuntar sucintamente algunas de las claves que permitieron trazar los contornos del urbanismo depredador y la expansión injustificada de las ciudades³¹.

Por una parte estaba la especulación financiera, o cómo los bancos se enriquecieron a costa de engañar a la gente con hipotecas abusivas o créditos a empresas promotoras. Las entidades financieras suministraron indiscriminadamente el combustible para que el motor de creación de la burbuja inmobiliaria funcionase. Por otra parte, cabe señalar la irresponsabilidad de las administraciones públicas que facilitaron los marcos legales y normativos para que la burbuja fuese posible, ya sea con la Ley del Suelo del 1997 –aprobada durante el mandato de José María Aznar– como con la redacción de planes generales de ordenación urbana municipales con el único objetivo de producir beneficios para cargos públicos, empresas promotoras y constructoras, lo que generó un entramado corrupto cuya cara más visible posiblemente sea el caso Bárcenas, pero que también alcanza a escalas más pequeñas (ayuntamientos) y a otros partidos aparte del PP.

Finalmente está el papel de los urbanistas y arquitectos, quienes ofrecieron la coartada técnica necesaria para hacer viables los planes urbanísticos expansivos y las promociones descabelladas, cuyos vestigios y esqueletos asolan actualmente nuestros paisajes. De esta forma, gran parte de urbanistas y arquitectos se convirtieron en los «mamporreros» del territorio, en tanto que permitieron con sus diseños y sus firmas que el aparato especulativo y corrupto introdujera su semilla en él, los primeros, redactando planes urbanísticos insostenibles, depredadores, expansivos y

³¹ Sobre los efectos de este urbanismo depredador recomendamos dos informes que determinan el exponencial crecimiento urbano de las últimas décadas: NAREDO, José Manuel; GARCÍA ZALDÍVAR, Ricardo (coord.): *Estudio sobre la ocupación de suelo por usos urbano-industriales, aplicado a la Comunidad de Madrid*. Madrid: revista *Hábitat*, 2008 (disponible en: <http://www2.aq.upm.es/Departamentos/Urbanismo/blogs/paec-sp/es/paec-sp/estudio-sobre-la-ocupacion-del-suelo-por-usos-urbano-industriales-aplicado-a-la-comunidad-de-madrid/>); y la serie de informes *Destrucción a toda costa* publicados por Greenpeace desde 2006 (disponibles en: www.greenpeace.es).

absolutamente aberrantes; los segundos, firmando obras de arquitectura espectáculo que suponían sobrecostos desorbitados, que no eran sino en beneficio de la empresas constructoras y promotoras, intermediarios y políticos de moral laxa. Mientras tanto, escuelas de arquitectura, publicaciones y colegas de profesión aplaudían estas “hazañas” de la arquitectura.

Esta comunión de intereses económicos, políticos y técnicos ha producido, como se apuntaba, un paisaje³² que se caracteriza por los millones de casas vacías y cientos de miles de desahucios anuales; miles de edificios públicos vacíos, inutilizados o inacabados; una sucesión de «ruinas modernas» a lo largo y ancho del Estado, así como de infraestructuras sin terminar, vacías o infrautilizadas, sin olvidar las miles de hectáreas de suelo urbanizado a la espera de nuevas edificaciones que seguramente nunca llegarán, así como el desparrame urbano (*sprawl*) producto de unas políticas urbanísticas extensivas. Algo que en resumen se podría denominar como *la ciudad indigna*. Un modelo que atenta de manera directa contra el derecho a la ciudad enunciado por Lefebvre.

Una vez llegados a este punto hay que comenzar a construir en positivo, así como plantear una depuración de responsabilidades. Por lo que parece, todos esos entramados especulativo y corrupto, salvo contados casos, están saliendo indemnes. Mientras tanto, los arquitectos echan balones fuera: han sido otros, dicen. Pero eso no es así. Es por ello que hace falta que la Justicia actúe sin vacilaciones: contra la Administración pública, por haber entrado en el juego de la corrupción buscando su lucro personal e institucional y haber olvidado que su deber es garantizar el bienestar social; contra los poderes económicos, por haber generado una estafa que ha llevado a un país entero a la quiebra; y contra los profesionales, por

³² Sobre los paisajes generados por la burbuja inmobiliaria recomendamos tres referencias de diferente carácter y formato, pero que permiten comprender de una manera muy visual los efectos del desenfreno urbanístico que ha asolado el Estado en las últimas dos décadas: Nación Redonda. Página web que recoge un inventario visual del desastre urbanístico español de los últimos 15 años a través de ortofotos: <http://www.nacionrotonda.com/>. 6000 km. Un proyecto de Basurama que invita a reflexionar sobre el metabolismo de las ciudades, haciendo visibles ciertos paisajes-territorios relacionados con la producción, consumo y desecho de materiales y energía. A través de fotografías panorámicas, textos y documentos se muestran los lugares donde se crea, gestiona, manipula y negocia con basura, entendida en su concepto más amplio. Además de los más obvios –vertederos y montañas de chatarra–, se exploran otros como son las infraestructuras de transporte o los desarrollos residenciales. 6000 km son los kilómetros de autopista que el PEIT (Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte) preveía construir hasta el año 2020: <http://www.6000km.org>. También disponible de la publicación del proyecto *6000 km. Paisajes después de la batalla*. *Ruinas Modernas* de Julia Schulz-Dornburg. Contiene un inventario fotográfico de la construcción especulativa en España. Se retratan parajes ocupados por urbanizaciones abandonadas: paisajes residuo que muestran la herencia en el territorio del estallido de la burbuja inmobiliaria.

haberlo hecho viable técnicamente. Paralelamente, convendría pensar en estrategias para socializar esos beneficios que han ido a parar a manos de unos pocos, utilizar toda esa ingente cantidad de dinero para subsanar todo el daño causado y que esto sea una lección muy severa para que a nadie se le vuelva a ocurrir repetirlo.

En cuanto a la solución, si bien no se puede simplificar, deberíamos de comenzar a trabajar con un objetivo claro: garantizar el derecho pleno a la ciudad digna. Para ello se necesitan nuevas formas de pensar cómo solucionar los problemas creados por las viejas formas de pensar.

Si queremos que eso suceda, son indispensables al menos dos ingredientes: una férrea voluntad política que se traduzca en acuerdos y compromisos concretos, y una transformación radical de la profesión urbanística y arquitectónica. Recuperar la función social del urbanismo y la arquitectura es indispensable. Hay que ponerlas a trabajar en pos del derecho a la ciudad. Para ello es necesario comenzar a trabajar codo con codo con la ciudadanía y poner a su disposición nuestras herramientas y conocimientos para plantear una regeneración colectiva de nuestras ciudades desde la base social. Quienes estamos trabajando en esta línea tenemos la responsabilidad de demostrar que otra manera de construir ciudad y arquitectura no solo es necesaria, sino que es posible y es mejor.

Desde luego, el panorama descrito más arriba no parece establecer unas condiciones de partida muy favorables para una profesión que, nos guste o no, hasta el momento ha estado volcada en el crecimiento urbano. No obstante, si el (mal) urbanismo y el planeamiento nos han traído hasta aquí, parece lógico que algunas de las soluciones o vías de escape que se planteen a la coyuntura actual también habrán de surgir desde la práctica urbanística, pero planteada desde un enfoque completamente diferente. Como se decía, es obligación compartida entre arquitectos y urbanistas dar un giro rotundo a la práctica profesional, para lo cual no hay que inventar la rueda, sino recuperar herramientas y metodologías postergadas y actualizarlas para que respondan a las nuevas lógicas de red y al cambio de época.

Hacia la dignificación de la ciudad

Desde hace unos años estamos siendo testigos de una eclosión de prácticas colectivas que tratan de dibujar de manera más o menos coordinada un nuevo escenario urbano³³, propuestas que nacen en contraposición al

³³ En nuestro artículo «Otro urbanismo es posible. La nueva praxis urbana ante el cambio de época», publicado en el número 57 de la revista *Papers*, dábamos cuenta una amplia muestra de este tipo de iniciativas.

modelo urbanístico especulativo y expansivo que hemos descrito más arriba y que tienen en la participación, la colaboración, la horizontalidad, la ecología y la utilización de las nuevas herramientas digitales sus principales rasgos diferenciadores.

Si bien el escenario socioeconómico posburbuja ha espoleado este tipo de iniciativas, no conviene olvidar que estas cuentan con notables referentes históricos de los que hay que tomar buena nota a la hora de dar forma a un «nuevo urbanismo». Efectivamente, el urbanismo participativo no se ha inventado en este nuevo siglo. Sin ir más lejos, ahí tenemos toda la experiencia acumulada en Madrid durante los años ochenta con el programa *Barrios en remodelación*³⁴, que supuso una alineación entre movimientos vecinales y técnicos urbanistas; o las experiencias más recientes como el Ecobarrio Trinitat Nova (GEA 21), la remodelación de la Plaza Lesseps (Itziar González) o la regeneración urbana del barrio de La Mina (Jornet-Llop-Pastor Arquitectes). Todos ellos son proyectos desarrollados en el área metropolitana de Barcelona. A nivel internacional, la tradición del *advocacy planning*³⁵ y el *community planning*, por ejemplo, también cuentan con una larga trayectoria, especialmente en el ámbito anglosajón.

Sin querer entrar a redactar un detallado prontuario, lo cierto es que estos antecedentes, junto a las incipientes y cada vez más exitosas prácticas de nuevo cuño, nos permiten asegurar sin ambages que otra forma de hacer urbanismo «no solo es necesario, sino que también es posible y es mejor». Esta constatación resulta muy relevante a la hora de reivindicar ante los poderes públicos un rotundo viraje en sus políticas urbanas, ya que todavía existe un porcentaje nada desdeñable de representantes políticos de la Administración pública –sea cual sea su escala de incidencia– que siguen encerrados en los mismos esquemas de los desarrollistas que propiciaron la burbuja inmobiliaria.

Pero para poder consolidar una praxis urbanística alternativa con capacidad de incidencia real en la sociedad y en las instituciones públicas los ejemplos recientes y precedentes exitosos no son suficientes. También se requieren metodologías, herramientas y teorías empíricas con las que

³⁴ Sobre el programa *Barrios en remodelación* y la articulación entre movimientos vecinales de base y técnicos urbanistas son recomendables dos lecturas complementarias: VILLASANTE, Tomás R. (Ed.): *Retrato de chabolista con piso*. Madrid: CIDUR S.A., 1989; y LÓPEZ DE LUCIO, Ramón: «El programa Barrios en remodelación, Madrid, 1978-1988. Experiencias de transición entre bloque abierto y la manzana», en *Evolución y crisis en el diseño de tejidos residenciales 1860-210*. Buenos Aires: Nobuko, 2013. La primera ofrece una visión más social y la segunda analiza el programa desde una perspectiva urbanística.

³⁵ El concepto de *advocacy planning* nace en 1965 con el [artículo de Paul Davidoff «Advocacy and pluralism in planning»](#).

dar forma a ese nuevo urbanismo, de lo contrario, corremos el peligro de caer en la autocomplacencia y la experimentación vacua.

Es por ello que tenemos que empezar a construir unas bases sólidas –a través de una retroalimentación constante entre teoría, crítica y práctica– sobre las que erigir este necesario y reclamado cambio de paradigma urbanístico y arquitectónico. Un *corpus* teórico-práctico que permita trazar «líneas de fuga»³⁶ para la construcción democrática y ecológica de la ciudad.

En este sentido, uno de los efectos positivos del estallido de la burbuja inmobiliaria –seguramente el único– ha sido la necesidad de priorizar la transformación radical de las prácticas arquitectónicas y urbanas. Lejos de entender el nuevo contexto profesional como algo negativo, tenemos que saber interpretar y reformularlo como un horizonte de posibilidades y oportunidades para las prácticas críticas que algunos vienen (venimos) reclamando desde hace tiempo.

Ante nosotros se abre un campo de experimentación absolutamente estimulante, en el que tendremos que empezar a plantear estrategias profesionales estrechamente ligadas y permeables a todas las lógicas sociales y tecnológicas que están definiendo este incipiente siglo XXI. Los nuevos retos que se nos plantean requieren no solo de nuevas herramientas, sino de un profundo cambio en las estructuras de pensamiento. No podemos afrontar los retos del nuevo siglo con esquemas mentales y metodologías de trabajo del siglo XX.

Es por ello que tenemos que afrontar este inevitable cambio de época desde una nueva lógica enraizada en el pensamiento en red y las nuevas estrategias provenientes de la esfera digital. Nuestra capacidad de adaptación y anticipación será determinante a la hora de definir el devenir de la arquitectura y el urbanismo. Ahora la oportunidad y la necesidad, que son una, nos han hecho partícipes de un cambio en el que hemos de tomar parte activa, no por contestación a las generaciones pasadas, sino por adaptación a los condicionantes de nuestra época, sin caer en viejos tópicos o batallas intergeneracionales ni romper con nuestro pasado. Debemos entender la historia como una constante respuesta a sus propias imperfecciones. La historia es siempre un relato sobre lo imperfecto, sobre lo inacabado, sobre aquello que a cada paso va adquiriendo sucesivos grados de libertad.

³⁶ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix: *Mil Mesetas*. 6ª ed. Valencia: Pre-Textos, 2006.

Esto supondrá en algunos casos tener la historia presente y en otros olvidarnos completamente de ella para actuar libres de prejuicios. Tal vez nuestro mayor valor sea que, llegados a ese punto, no tengamos nada que olvidar. Pero no se trata de una reafirmación en nuestra «ignorancia», sino de no necesitar recurrir a datos y autorías. Todo lo que hemos aprendido va implícito en nuestras acciones y actitudes, forma parte del propio proceso histórico del pensamiento. Como ejemplo, los conceptos de código abierto y *copyleft* tienen su origen en la máxima situacionista «las ideas están en el aire». Sin embargo, nuestra capacidad de recogerlos y tratarlos de manera ahistórica les otorgan nuevas y sucesivas juventudes.

Pero, ¿cuáles son las claves de este cambio de lógica profesional en la arquitectura y el urbanismo? Seguramente la principal sea saber incorporar las herramientas digitales y las dinámicas en red que se han estado desarrollando en los últimos años. Las redes sociales digitales, las posibilidades que ofrece Internet, la lógica de código abierto y del «cerebro colmena», por poner algunos ejemplos, son elementos cuyo uso tenemos que empezar aplicar. Por otra parte, urge abandonar ese escenario de constante competición (concursos, ofertas, etc.) en el que nos hemos desenvuelto, buscando nuevas dinámicas colaborativas. Tenemos que ser capaces de inventar estructuras y metodologías de trabajo comunes que exploren las posibilidades que el entorno digital nos ofrece.

Sin embargo, no se trata únicamente de aplicar herramientas digitales y dinámicas heredadas del movimiento del *software* libre, sino de saber interpretarlas en términos arquitectónicos y urbanísticos de cara a su implementación en los proyectos e intervenciones. En este sentido, tenemos que empezar a incorporar a nuestro vocabulario y a los procesos creativos ciertos conceptos provenientes de otros ámbitos y disciplinas.

BETA PERMANENTE

El concepto beta permanente, que proviene del *software* libre, es el que mejor define y el que más claves aporta para hacer frente a este reciclaje de la práctica arquitectónica y urbanística. Beta permanente aglutina una serie de ideas y posicionamientos que pueden facilitar esta imprescindible transición, de él emanan muchas de las cuestiones que debemos tener en cuenta.

Beta permanente hace alusión, entre otras muchas cosas, a la reivindicación del proceso frente al objeto, la horizontalidad del trabajo y el pensamiento en red; al desarrollo de la inteligencia colectiva ciudadana; a la apropiación comunitaria de los proyectos como estrategia para la búsqueda de soluciones óptimas; a las estructuras rizomáticas colaborativas.

Aplicar las lógicas derivadas del beta permanente a la arquitectura, al urbanismo y a la ciudad supone entender los proyectos urbanos como procesos abiertos, dinámicos y en constante evolución. Procesos en los que no determinamos el objeto final *a priori*, sino que marcamos un punto de partida y un horizonte de posibilidades y deseos futuros, de modo que la formalización de la intervención final se decida colectivamente como producto de una sinergia entre los conocimientos de los técnicos y la comunidad. Se trata, por tanto, de establecer canales y espacios necesarios para generar diseños colaborativos, capaces de conjugar la experiencia y el saber técnico con la experiencia y el saber cotidiano de los habitantes, capaces, por tanto, de traducir las reivindicaciones ciudadanas en propuestas ciudadanas.

BOTTOM-UP

Por norma general los procesos participativos impulsados por las administraciones han fracasado en su intento por promover la implicación ciudadana. Esta situación ha venido determinada principalmente de una parte, por una falta canales y herramientas adecuadas a través de los que vehicular estos procesos, y de otra, por su propia condición jerárquica. Al tratarse de estrategias cuya decisión procede de la Administración, por muy bienintencionada que esta sea, gran parte de la población suele contemplar estas medidas como una imposición, generando un rechazo frontal a las mismas.

Frente a estos procesos que podríamos denominar *top-down* (de arriba abajo), reivindicamos una lógica *bottom-up*: procesos en los que el tejido social es el impulsor del proyecto, dinamizando comunidades desde pequeñas parcelas de acción con la globalidad como objetivo, como la imagen de un puzzle que adquiere significado a medida que enlazamos las diferentes piezas. De este modo se posibilitan mecanismos de apropiación y autonomía.

DISEÑO COLABORATIVO

Toda vez que seamos capaces de estructurar un proceso participativo desarrollado desde la base, podremos empezar a establecer las estrategias de diseño colaborativo: procesos de creación de una estructura organizativa donde varios agentes trabajan juntos hacia metas comunes, combinando los conocimientos y los recursos de todos ellos. Este tipo de maneras de operar tienen que ver con el aprovechamiento de la inteligencia colectiva cotidiana para la optimización de los diseños generados.

Aplicar la lógica de beta permanente a este tipo de procesos significa operar dentro de la lógica del testeo o del desarrollo de productos críticos no definitivos, como sucesivas aproximaciones a la intervención óptima. Es decir, generar dispositivos con los que los ciudadanos puedan interactuar y comprobar si se ajustan a sus necesidades y expectativas, porque la planificación perfecta es una utopía, y la aparición de situaciones imprevistas e indeterminaciones una realidad bajo la que tenemos que aprender a operar.

FACILITADORES

Para poder llevar a cabo todo este proceso consideramos necesario la incorporación a nuestra práctica profesional de la idea de intermediación entre los distintos agentes que intervienen en el territorio. A esta figura la denominamos facilitador o mediador: un equipo imparcial que haga de interlocutor y garantice la comunicación entre los actores. La figura del facilitador como agente externo promueve los procesos, resolviendo los problemas que enquistan la dinámica propositiva.

AUTONOMÍA

Todo este proceso estaría destinado a liberar la máxima potencia del territorio, a alcanzar lo que denominaríamos la autonomía del territorio, entendido este como la suma del medio y sus habitantes (humanos y no humanos). Como explica José María Romero, *«Una práctica de autonomía es aquella que produce más libertad y más potencia de ser en el individuo y en la colectividad que se implica en la práctica»*.

¿Pero cómo producir estos procesos de autonomía? Para responder a esta pregunta es necesario recurrir a otra cita, esta vez de John Berger: *«Los hechos no son producto de las ideas, las ideas lo son de los hechos»*. Es decir, a participar solo se aprende participando. A ser libre solo se aprende siendo libre. No hay recetas, está todo por inventar, todo por hacer. Y para ello tenemos que empezar a trabajar en nuevos modelos de gestión de la ciudad, más abiertos, colaborativos y participativos, sin miedo al fracaso y aceptando que nos podemos equivocar, aplicando una lógica procesual y cualitativa. A fin de cuentas, en la participación ciudadana el medio es el fin.

TRANSVERSALIDAD

Hay que comenzar a tender puentes de cooperación y diálogo entre los diversos agentes que intervienen en el territorio en tres ejes confluyentes:

- Interdepartamentalidad: Si queremos que el urbanismo se rija desde una perspectiva integral, ya no puede depender de la «ventanilla única». Tenemos que integrar en los proyectos urbanos a diferentes áreas o departamentos de la Administración y hacerles colaborar: Urbanismo, Asuntos sociales, Movilidad, Promoción Económica, Medio Ambiente, Participación Ciudadana, Comunicación. Debido a la falta de cultura de cooperación dentro de la Administración pública, el trabajo como facilitadores de esta participación de voces con intereses y lenguajes diferentes.
- Colaboración entre agentes: Tomando como eje central a la ciudadanía, hemos de plantear espacios y dinámicas que permitan la colaboración entre los diversos agentes que operan sobre el territorio (tanto humanos como no humanos). Se deben desarrollar procesos de participación ciudadana que permitan aunar las visiones técnicas y la percepción ciudadana.
- Transdisciplinariedad: Para resolver los problemas que atañen a la complejidad de la ciudad y el territorio resulta imprescindible aunar diferentes visiones disciplinares. Por lo tanto, es necesario impulsar procesos creativos que las aúnen desde el origen y establezcan una correlación de fuerzas entre ellas, sin caer en la habitual dominación de la perspectiva urbanística-arquitectónica³⁷.

PARTICIPACIÓN REAL

La participación ciudadana corre riesgo de convertirse en la nueva sostenibilidad, un término pervertido y vacío de contenido. Dos son los peligros que afronta: la banalización y la espectacularización. Y esto en buena medida sucede porque la participación y las prácticas colectivas tienden a ligarse a la buena voluntad de la gente y no suelen estar sujetas a metodologías, principios y objetivos claros. Los procesos naturales tienden a no ser sostenibles (emocionalmente, afectivamente, económicamente, etc.) y autodestruirse por nuestros hábitos culturalmente construidos heredados³⁸. Es por ello que resulta imprescindible empezar a conocer y poner en práctica métodos ya desarrollados y aprender de experiencias previas³⁹, sean estas exitosas o no (de los errores también se aprende).

³⁷ Sobre el enfoque transdisciplinar recomendamos el artículo de Edgar Morín *¿Qué es transdisciplinariedad?*

³⁸ VERCAUTEREN, David; CRABBÉ, Olivier; MÜLLER, Thierry: *Micropolíticas de los grupos. Para una ecología de las prácticas colectivas*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2014 (2ª edición).

³⁹ A destacar el trabajo realizado por la Red CIMAS, cuyos manuales y metodologías se encuentran disponibles en <http://www.redcimas.org/>.

HIBRIDACIÓN

Los límites entre lo físico y lo digital son ya muy difusos, prácticamente inexistentes. Hoy en día habitamos en un espacio híbrido entre ambas esferas, un viaje de ida y vuelta entre ellas que establece un bucle de retroalimentación constante que modifica nuestras conductas y pautas de vida. Por lo tanto, el nuevo urbanismo habrá de reflejar esta realidad incorporando estrategias y herramientas que respondan a los retos, potencialidades, oportunidades y peligros que supone.

INSTITUCIONALIZACIÓN

Utilizamos este término con afán provocativo, dado que hoy en día existe cierto recelo por parte de los equipos y colectivos a profesionalizar sus prácticas y hacer que estas realmente comiencen a escalar desde abajo hasta arriba. Si realmente queremos consolidar un nuevo urbanismo, tendremos que lograr que todas esas prácticas puedan desplazar las actuales que rigen las instituciones y los espacios de decisión. No somos ajenos al recurrente debate entre institución y movimiento, pero consideramos que constituir una nueva profesión y dignificar en torno al nuevo urbanismo es una buena manera de consolidar el necesario cambio de paradigma urbano. Y eso pasa en gran medida por viabilizar, dignificar y hacer sostenibles nuestras prácticas como forma de vida, lo que en última instancia conduce a su institucionalización.

¿Cómo podemos hacerlo? Una propuesta metodológica

Incluso desde una perspectiva participativa, el proyecto urbano convencional se revela insuficiente para resolver los problemas a los que se enfrenta la ciudad hoy en día. La redefinición del papel del técnico pasa por diversificar nuestra labor más allá del desarrollo de proyectos de intervención, incorporando todos los subprocesos previos que garantizan un desarrollo eficaz. El proyecto como tal ha de complementarse con estrategias de visibilización, concienciación y pedagogía, y de apropiación por parte de los ciudadanos. De nada sirve desarrollar un proyecto si primero no somos realmente conscientes de los conflictos que hemos de resolver, si no somos capaces de implicar a los ciudadanos en organizaciones lo suficientemente representativas o si no se ha desarrollado una labor de pedagogía profunda.

Ante esta situación planteamos una metodología capaz de fomentar la implicación ciudadana, que se desarrolla a través de estrategias parciales englobadas en una visión integral que supongan mayor eficacia. De este

modo se trazan procesos participativos dirigidos a detectar necesidades de un barrio, sobre las que proponer intervenciones puntuales de regeneración a través de prototipos enmarcadas en una perspectiva integral.

De entre los distintos beneficios asociados a los procesos participativos para el prototipado de intervenciones destacamos los siguientes:

- Por su escala, las intervenciones parciales requieren menor inversión económica que la reurbanización completa de un barrio, lo que permite extender las actuaciones de regeneración a más barrios y así beneficiar a un mayor número de ciudadanos.
- La facilidad de ejecución de algunas de las actuaciones permite acompañar el proceso participativo con las intervenciones físicas. Con ello se consigue una mayor satisfacción de la ciudadanía durante el proceso y, por consiguiente, su implicación y participación.
- Resiliencia: el desarrollo a lo largo del proceso de intervenciones puntuales permite probar los beneficios de cada intervención; esto, a su vez, permite extraer conclusiones para adaptar y mejorar las intervenciones posteriores, y así conseguir una respuesta más eficaz a la continua transformación de la ciudad.

El desarrollo de la metodología que planteamos tiene como objetivo definir ciertos protocolos revisables en materia de regeneración urbana participativa para que sean fácilmente replicables. La configuración de esta metodología atiende a tres canales, tres estrategias paralelas en el tiempo pero transversales en el contenido. Cada una de ellas persigue varias metas complementarias y, en conjunto, abordan el proyecto desde una perspectiva integral: Difusión (D), Ciudadanía (C) y Proyecto participativo (P).

(D) El canal Difusión proyecta tanto la visibilización local y global de las propuestas como su transparencia, principalmente a través de las posibilidades que ofrecen las redes sociales y las nuevas herramientas digitales de difusión, aunque sin olvidar los medios de comunicación tradicionales. En proyectos integrales, la difusión consigue ampliar el colectivo local comprometido con el proyecto y, gracias a la repercusión exterior, genera un intercambio de impresiones global, enriqueciendo así las propuestas. En segundo lugar, la transparencia que ofrece la difusión se traduce en una herramienta de presión colectiva que supervisa el cumplimiento y la consecución de las propuestas tal y como fueron planteadas.

(C) El canal Ciudadanía trabaja la concienciación respecto a la participación, el espacio público o la ecología, así como la identidad comunitaria a través de la pedagogía y la información. De esta manera se consigue generar

una estructura social en la que queda reforzada la identidad comunitaria respecto al espacio urbano. Especialmente se potencia el movimiento colaborativo, los valores del espacio público, los principios de sostenibilidad y el potencial de las herramientas digitales para facilitar los procesos.

(P) El canal Proyecto participativo se ocupa de proponer modelos de gestión y diseños urbanos transdisciplinares y participativos de forma local y global a través de dos fases solapables: el diagnóstico propositivo y participativo y las propuestas piloto, para concluir con la propuesta final integral.

Las propuestas piloto son estructuras flexibles, fácilmente programables, desprogramables y reprogramables. Constituyen en sí pequeñas pruebas de laboratorio (urbano) que sirven para someter a prueba las soluciones de modo temporal, evitando con ello poner en práctica la solución final de forma definitiva, lo que conllevaría una mayor inversión económica sin una garantía de éxito. Para poder aplicarse, el canal Proyecto participativo requiere de los otros dos canales.

Si bien los tres canales discurren paralelos en el tiempo, su peso específico varía a lo largo del proceso. En las fases iniciales, los canales Difusión y Ciudadanía tienen mayor importancia con el objetivo de ampliar el colectivo implicado, dar visibilidad al proceso y generar mayor identidad y cohesión social. A medida que avanza el proceso, el canal Proyecto participativo ha de cobrar importancia para articular los procesos de decisión y priorizar las intervenciones.

A continuación os presentamos VdB, un proyecto desarrollado en el barrio Virgen de Begoña (Madrid), en el que Paisaje Transversal hemos aplicado esta metodología.

VdB: Experiencia *bottom-up* para la regeneración urbana integral y participativa en el barrio Virgen de Begoña (Madrid)

La colonia Virgen de Begoña constituye un ejemplo de los más de doscientos polígonos de bloque abierto que se han detectado en Madrid como zonas de intervención prioritaria por su actual estado de deterioro⁴⁰. Situado en el distrito de Fuencarral-El Pardo, junto al nudo norte de la M-30, se presenta rodeado por las infraestructuras de la A-1, la M-607 y la

⁴⁰ El 'Programa municipal de actuación para la periferia: Análisis de los Polígonos en Bloque abierto', desarrollado por Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, supone un interesante análisis a nivel general sobre esta «periferia intermedia».

propia M-30, así como por las vías del ferrocarril en su borde norte, lo que intensifica su condición de isla con respecto a las tramas colindantes. Este hecho no hace sino ahondar las vulnerabilidades que presenta el barrio a día de hoy, muchas de ellas comunes al resto de los polígonos de bloque abierto de esta «periferia intermedia»: obsolescencia e inadecuación de la edificación, escasa calidad de la urbanización y baja identidad del espacio público, una estructura demográfica y socioeconómica debilitada y oportunidades limitadas para la actividad económica por tratarse de tejidos eminentemente monofuncionales. En el caso concreto de Virgen de Begoña, el Plan Parcial Prolongación de la Castellana introduce nuevas incógnitas en las condiciones del tejido, situándolo en una nueva posición de centralidad poco acorde con su estado real de deterioro.

El proceso de Virgen de Begoña se origina en febrero de 2011, cuando tiene lugar el acercamiento por parte del equipo de Paisaje Transversal a la Asociación de Vecinos de Begoña, con el propósito de iniciar un proceso participativo para fortalecer la identidad comunitaria y dar respuesta a las demandas vecinales que se venían presentando ante la Junta de Distrito, concernientes a los problemas de movilidad, accesibilidad y contaminación acústica que afectan al barrio. En este momento, la labor se limita al apoyo de las iniciativas vecinales, de carácter fundamentalmente reivindicativo, y a reuniones informales que sirven como acercamiento a las reclamaciones vecinales y generan la confianza necesaria para iniciar el proceso. Comienzan entonces las labores de difusión a través de la red, que permiten visualizar la problemática existente, combinadas con iniciativas que refuerzan la identidad comunitaria. A este respecto, se lleva a cabo la creación de un blog (<http://vdebegona.wordpress.com>) como medio de supervisión del proyecto y punto de encuentro digital con los habitantes del barrio. Las siglas «VdB», que crean una imagen fácilmente reconocible, se constituyen en concepto como el primer bien de uso común surgido en el contexto del proceso, generado en un primer momento por el equipo de Paisaje Transversal. Su gran repercusión interna y externa facilitó que los propios vecinos se identificasen con el proyecto, condición previa a su apropiación posterior.

Se inicia entonces el período de presentación del proyecto VdB: se dan a conocer las posibilidades de llevar a cabo un proyecto *bottom-up* (impulsado desde la base social) frente al procedimiento habitual en el que la decisión procede de la Administración (*top-down*), para lo cual resulta necesario alcanzar un mayor grado de representatividad y de implicación vecinal en los procesos de toma de decisiones. Una primera presentación a través de la asociación de vecinos pone de manifiesto la buena disposición de estos para embarcarse en un proyecto de estas características. El conocimiento del largo plazo y la manera en que este se gestiona será uno de los puntos esenciales de la estrategia futura. Por otro lado, la necesidad de extender

El proyecto más allá del tejido asociativo tradicional dará paso a la segunda etapa del proyecto, en la que, a través de la recuperación de las fiestas del barrio, se revelará el verdadero potencial de la iniciativa.

El proceso de acercamiento y generación de confianza de la primera etapa debe ser complementado con acciones propositivas, capaces de dar respuesta a las necesidades identificadas hasta el momento. La etapa de empoderamiento se inicia a través del taller vecinal «Recuerdos y Deseos», dinámica participativa que dirige la mirada simultáneamente a la realidad pasada y a las oportunidades futuras, combinando las potencialidades de uno y otro.

De los resultados extraídos de este taller surge la idea de recuperación de las fiestas del barrio, perdidas hace más de treinta años. De esta manera, el proceso de empoderamiento cristaliza definitivamente a través de la «Fiestación», concebida como evento lúdico de carácter reivindicativo capaz de extender VdB al mayor número de vecinos. Durante el proceso de preparación del evento emerge un grupo motor, el primer organismo informal surgido dentro del propio proyecto y que a día de hoy se mantiene operativo. Se trata de un grupo que aglutina miembros de la asociación de vecinos, personas ajenas a esta y otras que posteriormente pasan a formar parte de la asociación. De esta manera, la asociación de vecinos y el grupo motor se entienden como estructuras organizativas compatibles, capaces de desarrollar labores complementarias. La conformación de este grupo y las labores de difusión desarrolladas con motivo de la «Fiestación» consiguen ampliar y diversificar el alcance de la iniciativa, tanto en la dimensión digital como en la material. En lo que respecta a esta última, la presencia de miembros jóvenes en el grupo facilita el acercamiento a los colegios del barrio, y así la implicación de los alumnos en el evento a través de la realización colectiva de murales, que posteriormente serán expuestos durante la fiesta. La combinación de este y otros esfuerzos, llevados a cabo por el grupo motor, la Asociación de Vecinos de Begoña y Paisaje Transversal da como resultado un evento de actividades múltiples, capaz de atraer a los diferentes sectores de población del barrio, con especial énfasis en el juvenil e infantil, por su capacidad para atraer al resto.

El éxito de la «Fiestación» marca el inicio del proceso en su vertiente propositiva. Hasta ese momento, los aspectos de difusión y ciudadanía habían resultado prioritarios y necesarios: constituían la base sobre la que empezar a construir. Una vez asentados los cimientos y tras la recogida de información a través de las actividades realizadas, las reuniones posteriores permiten consensuar las líneas estratégicas básicas sobre las que discurrirá el proyecto. La necesidad de potenciar el uso del espacio público, hecho que la «Fiestación» había dejado patente, desemboca en

La línea estratégica de intervención en los espacios interbloque, una de las principales deficiencias del tejido y, al mismo tiempo, el gran potencial del barrio. La mejora en el ámbito de la diversidad de actividades, como solución a su condición de barrio dormitorio, conforma la línea estratégica de reactivación económica. Finalmente, la situación de aislamiento que sufre con respecto a su entorno próximo plantea la estrategia de bordes urbanos como otra de las necesidades primarias.

La definición de líneas estratégicas que posibiliten intervenciones parciales con visión integral abre un nuevo marco de actuación que va más allá de los mecanismos tradicionales para la rehabilitación urbana integral. Con respecto a esto, la línea estratégica de Reactivación Económica se inicia a través de actividades de mapeo colectivo, combinando las vertientes física y digital. Por su parte, la estrategia de intervención en el Espacio Interbloque se ha desarrollado a través de talleres de diseño colaborativo entre vecinos y técnicos, en un proceso que actualmente sigue en marcha.

La capacidad para estructurar dichas acciones a través de actividades que puedan asumir los diferentes organismos públicos (administraciones, universidades, fundaciones, etc.) responde no solo a la coyuntura económica actual, sino también a la realidad social de una ciudadanía que ha de mantenerse implicada en procesos que pueden dilatarse en el tiempo. Por otro lado, la inclusión de los diferentes organismos públicos permite, más allá de diversificar las cargas económicas, hacer partícipes en el proceso a todos los agentes implicados. De esta forma, se introducen los prototipos intersectoriales: procesos participativos que detecten las necesidades integrales de un barrio sobre las que proponer proyectos puntuales de intervención capaces de dar respuestas a las problemáticas más acusadas desde una perspectiva integral. Esto se lleva a cabo a través de la vinculación transversal de las acciones que se establezcan como prioritarias con los programas de actuación y presupuestos correspondientes a las distintas áreas de gobierno. Asimismo, resulta fundamental avanzar hacia fórmulas de cooperación entre lo público y lo privado a la hora de financiar y ejecutar algunas actuaciones, mediante el establecimiento de sinergias en las que prevalezcan de manera innegociable los intereses del bien común.

EL DERECHO A LA VIDA DIGNA PARA LAS PERSONAS MIGRANTES

JOSÉ CHAMIZO

“Voluntarios por otro mundo” GKEko kidea
eta Andaluziako herriaren defendatzaile ohia /
*Miembro de la ONG “Voluntarios por otro mundo”
y ex defensor del pueblo de Andalucía*

0- Introducción

La palabra dignidad hace referencia, según el *Diccionario de uso del español* de María Moliner, a la “*calidad de las personas por la que son sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones o faltas de consideración*”. Si atendemos al significado literal del vocablo, encontramos que la historia de las migraciones en España puede ser calificada con cualquier término menos el de “digna”. Es cierto que millones de personas, tras superar muchos obstáculos, han dignificado sus vidas, aunque de pronto parece que todo haya desaparecido.

Si olvidamos el pasado –solo por cuestión de espacio– en el que han estado presentes la explotación laboral, el maltrato legal, el desprecio cultural, la suspicacia, la sospecha permanente, el ser, en definitiva, culpables o responsables de algunos problemas sociales, nos encontramos en el presente que la realidad para la vida digna de cualquier persona se ha endurecido, mucho más para la población inmigrante.

Las personas “sin papeles” –estos se pierden actualmente por no tener contrato de trabajo, vaya ironía– antes se encontraban con la posibilidad certera de ser expulsados. Hoy la nueva posibilidad que se abre con terquedad es morir en el intento. Ya sabemos que siempre ha habido muertes ocasionadas por el viaje al mundo “civilizado”, vidas jóvenes que se truncaban en una patera. Basta analizar la dramática constancia de la pérdida de vidas en el Estrecho. Hoy a ese fenómeno consustancial a cierto tipo de inmigración hay que unir dos elementos nuevos: las vallas en Melilla y Ceuta y las muertes numerosas que tienen, o han tenido, como referente geográfico la isla italiana de Lampedusa.

“El Mediterráneo. En este mar de aguas fronterizas se mezclan muchas cifras. Unas hablan de entre 15.000 y 20.000 muertos desde que Europa levantó los muros de Schengen (1985). Los últimos datos de la agencia Frontex, del tercer trimestre de 2013, dicen que Italia es el primer receptor de inmigrantes: más de 22.000 personas sorprendidas entre julio y septiembre, atravesando el agua; una pequeña fracción de las 700.000 interceptadas en los últimos cinco años a las puertas de Europa. La ruta del Mediterráneo central suma, en estos momentos, más del 50% de todas las entradas ilegales en la UE; la mayoría son sirios, eritreos y egipcios. Entre ellos no se incluyen los supervivientes del pasado 3 de octubre. Ese día, una cantidad indeterminada de eritreos, probablemente más de 366, se ahogaron a las puertas de Lampedusa, en un naufragio que colocó la isla en el mapa: mucho más cerca de Túnez que de Italia. Tan pequeña que uno puede caminar del aeropuerto al centro”. Son palabras de Guillermo Abril, “A las puertas de Europa”, *El País Semanal*, nº 1.958, de 6 de abril de 2014, pág. 42. A estas desgracias hay que añadir los 30 in-

migrantes muertos por asfixia en un barco en el Canal de Sicilia el pasado mes de junio, así como 170 inmigrantes de origen africano desaparecidos frente a las costas de Libia el pasado mes de agosto. Italia en el mencionado mes ya había rescatado a más de 100.000 inmigrantes.

En octubre de 2013 el gobierno actual decidió colocar cuchillas en las vallas de Melilla y *“además añadir una malla antitrepa para impedir introducir los dedos en la misma”*. Es idéntica a la respuesta que se dio en 2005 y en 1995. Pese a las protestas de algunos partidos políticos y movimientos sociales, las cuchillas continúan haciendo daño a las personas que exigen su derecho a emigrar. Basta recordar los acontecimientos del 18 de marzo. Unos 500 subsaharianos, de los 1.100 que lo intentaron, lograron entrar en Melilla saltando las vallas y llegaron al CETI con graves heridas (Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, *Derechos humanos en la frontera sur-2014*, editado ese mismo año en Sevilla. Ver página 37 y el resto del texto).

El 6 de febrero de 2014 murieron en Ceuta quince personas ahogadas, en medio de una gran polémica por la actuación de la Guardia Civil. El número de muertos en la zona del Estrecho y en el Sahel fue en 2012 de 225 y en 2013 de 130 personas, según aparece en el mencionado informe de Pro Derechos Humanos de Andalucía. Silenciadas las protestas, con el tiempo la realidad ha empeorado. No se sabe bien cuántas personas malviven ocultas en los montes cercanos a las fronteras de Melilla y Ceuta. Unos hablan de 30.000 y otros de 10.000. Estos seres humanos viven de la generosidad de algunas asociaciones y con el miedo a ser expulsados de Marruecos. En este país, quién lo diría, el racismo y xenofobia contra los “negros” por parte de la población se va incrementando de manera peligrosa. Igual sucede en países como Francia, Alemania, Reino Unido, Holanda o Grecia, en donde la mirada negativa hacia la inmigración es la bandera de partidos populistas de derecha o extrema derecha.

En nuestro país, siguiendo el sendero abierto en algunos países europeos, para hacer frente a los problemas en las fronteras de Ceuta y Melilla se ofrece como solución la llamada “devolución en caliente” de la persona inmigrante que entre en territorio nacional. La idea es devolverlos sin más trámites a Marruecos. De momento es una idea terrible que, aunque a veces se ha practicado, debe plasmarse en un nuevo cambio de la ley de extranjería. Parece que el gobierno actual está dispuesto a realizar esos cambios tras la llegada de 1.219 “sin papeles” a las costas de Tarifa durante el pasado verano, así como el intento de más de 600 inmigrantes de entrar en España saltando la valla de Melilla.

Podríamos continuar relatando otras situaciones en las fronteras griegas, búlgaras y en cualquier lugar de la frontera sur de Europa, así como en las

fronteras de EE. UU., pero con lo expuesto considero que es suficiente para entender que aspirar a una vida digna como inmigrante, con o sin papeles, cada vez es más difícil. Tal vez porque como sociedad no nos hemos creído el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”.

1- Hacia una vida más digna

Esta historia, que me es muy cercana, nos sitúa aún más ante la parte dual de la inmigración: éxito y fracaso.

“Fue al atardecer. La familia entera se reunió para despedir a los dos jóvenes primos que partían hacia Europa. Ellos serían los “embajadores” del clan ante el mundo de los ricos. Iban todos vestidos con sus mejores galas y llegaban desde distintas barriadas de la ciudad portando humildes regalos y muchos alimentos. Los dos jóvenes, Omar y Mohamed, estaban nerviosos y asustados. Disimulaban. Ya habían pagado –tras colecta familiar– mil euros cada uno al dueño de la patera y en unas horas estarían en España, destino inicial del viaje. Llevaban teléfonos móviles y números de amigos que habían hecho la travesía. Las madres de ambos abrigaban la esperanza de que sus respectivos hijos les ayudarían a salir de una pobreza insostenible, ahora mayor aún por el precio de los sueños. Comieron, rieron, bailaron y lloraron entre besos de despedida.

A la hora acordada llegaron a la orilla. Había un viento extraño, en apariencia suave. De las sombras surgieron numerosos hombres y mujeres que llenaron hasta lo imposible aquella pobre embarcación. La tragedia parecía estar escrita antes de zarpar. Y así fue. El viento estalló con virulencia. Murieron ocho personas ahogadas de las treinta y tantas que, según dicen, viajaban. Entre ellas, murió Omar. Su madre aún espera que alguien le devuelva el cuerpo de su hijo para decirle adiós a él y a tantas ilusiones. Mohamed llegó herido después de intentar ayudar a su querido primo; padecía, además, la tónica y dramática hipotermia. Gracias a su lamentable estado de salud aún vive en Andalucía con su documentación –ese laberinto jurídico– en regla. Lo recuerda todo como si hubiese sucedido ayer mismo y, sin embargo, ya hace algunos años. A él le ha quedado la obligación de enviar dinero en su nombre y en el de su difunto primo. Ha trabajado día y noche. Ha oído insultos, desprecios, pero está muy agradecido a tanta gente que le ha ayudado”⁽¹⁾.

La inmigración, lo he dicho alguna vez, es el último proceso revolucionario al que hemos asistido en primera fila. Millones de seres humanos, desde el silencio, pidiendo justicia, dignidad, libertad, fraternidad. Mientras tanto, el llamado "Primer Mundo" no estaba para revoluciones y ha abordado esta nueva situación proclamando leyes injustas; estableciendo más controles, más muros, más concertinas, más cuchillas para "librarse" de esa gente a la que ya no necesita. Ellos, los más pobres entre los pobres, pedían, exigían, exigen ser CIUDADANOS del mundo por el hecho de haber nacido.

2- Ideas y debates

A lo largo del tiempo, las ideas básicas sobre el fenómeno migratorio han sido prácticamente las mismas en las numerosísimas publicaciones que han inundado las estanterías públicas y privadas. Destacaré los testimonios de Javier de Lucas y de J.J. Téllez^[2] como referentes académico y periodístico, respectivamente. Yo he ido adaptando mi reflexión personal a muchos de los argumentos desarrollados en numerosos foros en los que he participado como oyente o como ponente. De forma sintética, las ideas sobre las que gravita mi pensamiento son las siguientes:

1. La inmigración es la última revolución, ya está dicho, que conocemos. La revolución de los pobres de la Tierra, de los oprimidos de un sistema injusto a nivel mundial, que exigen libertad, justicia dignidad e igualdad. Otro asunto es cómo nosotros, europeos, aburguesados, hemos vivido esta situación^[3].
2. Debe producirse un debate filosófico-cultural. Tenemos que cambiar, ampliando, el concepto de ciudadanía como depositario del ejercicio de derechos. Todos han de ser sujetos de derechos y deberes, y no solo los ciudadanos nacionales. Esto implica, a pesar de las graves dificultades que padecemos en este momento, modificar paulatinamente la simbiosis Estado-nación-ciudadanía-derechos. Ir hacia un concepto olvidado: todos somos ciudadanos del mundo por el hecho de haber nacido.
3. Aunque en estos momentos tiene poca fuerza, hay un debate jurídico-político. Cada vez se dan más contradicciones –todavía– entre las normas de carácter internacional y las estatales. En las primeras prevalece la defensa de los derechos y en la segunda priman los principios de control y seguridad nacional sobre los propios derechos humanos.
4. Debate sociocultural: sin políticas de integración, el fenómeno de la inmigración se convierte en un "chivo expiatorio" de la crisis económica; en un problema de marginados y no en un fenómeno complejo de diversidad, integración, multiculturalidad e interculturalidad.

Aunque las cuatro cuestiones son trascendentales, centrémonos en la integración. Creo que a partir de los parámetros que esta plantea podemos comprender los apartados precedentes.

3- Integración

Comencemos por una obviedad: el fenómeno de las migraciones no es nuevo. De hecho, una de sus características más sólidas es su consideración como un factor eminentemente histórico. Se puede decir que la historia de la humanidad es el relato de las migraciones y del asentamiento de los colectivos de seres humanos en busca de su supervivencia y del desarrollo de sus respectivas culturas.

Las migraciones se producen porque existen razones que las explican e impulsan. Las civilizaciones o los grupos de población siempre han procurado buscar los lugares más favorables para su desarrollo y supervivencia. Tal ha sido la presencia de este fenómeno, que el ya mencionado artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre reconoce como derecho del ser humano, en cuanto a tal, su movilidad y su libertad de circulación. La inmigración, por tanto, es hoy, como lo ha sido siempre, una actividad esencial del hombre, actividad que no puede presentarse como un hecho nuevo o sobrevenido.

Sin embargo, en el mundo occidental se sigue abordando este fenómeno desde una posición en la que prevalece los rasgos negativistas y sesgados a la hora de plantear la realidad de los movimientos migratorios. Esto supone una contradicción con la posición predominante de la Europa de los años 60. Recordemos que en aquellos años Europa necesitó para su lanzamiento económico importantes flujos de emigrantes para afrontar la creciente demanda de empleo.

Por tanto, hemos de abordar estos problemas con un enfoque relativista y descubrir que la valoración de los flujos migratorios y la formación de corrientes de opinión pública hacia los mismos están claramente influenciadas por intereses sociales y económicos muy acomodaticios. Tanto que se olvidan algunas ideas básicas respecto a los valores principales que deben inspirar el hecho innegable de que el ser humano circula y busca su felicidad por aquellas tierras en las que aspira a encontrar su hogar o un lugar para sobrevivir.

Esta intencionada valoración despectiva de lo ajeno, de lo pobre, porque nos viene de fuera, se explica sencillamente porque jamás hemos asumido el derecho a emigrar como tal derecho.

Pero volvamos al término integración. Las definiciones también son abundantes, aunque, lógicamente, destacaré las que me parecen más acertadas.

Integrar a un inmigrante no significa desintegrarle, esto es, asimilarlo a la cultura dominante olvidando en el camino sus propias y legítimas señas de identidad. La integración implica reconocerlo como sujeto con los mismos derechos y obligaciones que el resto de los ciudadanos, y posibilitarle cauces reales de participación en la conformación de las reglas esenciales que han de regir la convivencia en la sociedad de acogida, partiendo de los principios de igualdad, solidaridad y tolerancia.

El concepto de integración que propuso en un dictamen el Comité Económico y Social de la Unión Europea (aprobado el 21/03/2002. C/125 C/21) se define como "integración cívica" y está basado fundamentalmente en la progresiva equiparación de los inmigrantes al resto de la población en derechos y deberes, así como en su acceso a bienes, servicios y cauces de participación ciudadana en condiciones de igualdad de oportunidades y de trato. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es una base sólida y positiva que debe guiar tanto a la nueva legislación europea como a las legislaciones nacionales. El referente principal de la integración cívica que proponemos no está en el tratamiento que debería darse a los aspectos culturales, sino en el concepto de ciudadanía.

En el año 2004, el Consejo de la Unión Europea y los representantes de los distintos gobiernos aprobaron un documento sobre los principios básicos de integración de inmigrantes en Europa. Allí definían la integración como "*un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y de los residentes en los estados miembros*". En este documento había tres principios básicos inspiradores del proceso de integración: el principio de igualdad y no discriminación; el principio de ciudadanía: plena participación cívica, social, económica, cultural y política de los ciudadanos inmigrantes; y el principio de interculturalidad como mecanismo de interacción entre las personas respetando la diversidad cultural (para conocer a fondo cualquier aspecto de la interculturalidad ver las publicaciones que al respecto ha realizado Javier de Lucas).

En definitiva, la integración es un proceso. Ese proceso integral significa que para que personas diferentes vivan juntas deben establecerse unas condiciones de igualdad y ciudadanía a partir de las cuales pueda construirse una vecindad democrática. La integración nunca puede significar una normalización que reduzca la diferencia y la diversidad hasta el punto de eliminar la identidad propia. Tan negativo es elevar a categoría absoluta las diferencias –hasta el punto de establecer una incompatibilidad con nuestras tradiciones culturales– como reducirlas a la mínima expresión, provocando un vacío de identidad y dando pie a la asimilación en lugar de la integración.

El ámbito conceptual parece estar claro. Los diversos documentos de la Unión Europea han sido contundentes y definitorios. Pero, ¿cuál ha sido la realidad de la integración? ¿Sobre qué indicadores podemos analizar su aplicación en la práctica?

La integración se fundamenta en varios pilares imprescindibles para conseguir la igualdad de derechos y deberes: a) Regulación legal, b) Condiciones de trabajo, c) Vivienda, d) Atención sanitaria, e) Educación y f) Atención social.

a) Regulación legal

El marco jurídico en el que nos movemos es, como poco, un embrollo. A la ley de 1985 se han ido incorporando diversas reformas que han dado lugar a diferentes leyes de extranjería. Podemos decir que la regulación legal no facilita la integración. Es más, curiosamente, la ley crea marginados y se retroalimenta de una obsesión: son demasiados y algunos tienen que irse. La realidad es otra. Cuantos más requisitos legales se exigen, más inmigrantes hay sin regularizar. Los irregulares viven entre las continuas amenazas de la expulsión y de la semiesclavitud, aceptando trabajos y salarios que ningún obrero español querría antes de la crisis y generando, a su vez, un conflicto laboral por el pago de jornadas al margen de cualquier convenio.

La regulación de su situación se presenta como el primer problema a resolver. Sin residencia legal, los inmigrantes carecen de la condición jurídica de ciudadanos, así como de los derechos y deberes que la misma debe llevar aparejados. Sin una regulación legal adecuada no es posible acceder a la vida digna a la que tienen derecho.

b) Condiciones de trabajo

Desde un punto de vista laboral y teniendo en cuenta la coyuntura actual, están prácticamente cerradas todas las vías para poder venir a trabajar a España. Se está produciendo el efecto contrario, aunque no desconocido: la emigración de españoles al extranjero. Algunas fuentes hablan de más de medio millón de personas. De 2008 hasta 2012 hay constancia de la marcha al extranjero de 357.418 españoles^[4]. El número de inmigrantes que se han marchado de nuestro país a otros países está aún por determinar. Los últimos datos del INE hablan de 547.890. Las organizaciones del ramo hablan de más de un millón. Si una persona extranjera no comunitaria pretende encontrar trabajo aquí, habrá de atender a la situación nacional de empleo, es decir, deberá tratarse de un puesto de trabajo para

el que no existan personas españolas desempleadas. El número de extranjeros residentes en España se sitúa en cinco millones y medio aproximadamente. 2.702.867 corresponden al régimen comunitario y 2.801.110 al régimen general. Las nacionalidades con más ciudadanos en España son Rumania, Marruecos, Ecuador, Colombia, Reino Unido e Italia.

Es cierto que la población regularizada –después de un laberinto de tarjetas de diferentes tipos que se consiguen a golpe de contratos de trabajo– tiene una mayor estabilidad y seguridad en cuanto a su expulsión, pero esto no quiere decir, ni mucho menos, que sea una población integrada.

En los indicadores básicos para reconocer si existe integración social, los factores *documentación y trabajo* se encuentran íntimamente relacionados. Así, la falta de uno de ellos provoca un desequilibrio palpable en un universo mucho más amplio. De hecho, si no podemos presumir de haber acabado con los abusos laborales en los trabajadores nacionales, dichos abusos se multiplican cuando hablamos de un extranjero, con o sin documentación, que tiene que aceptar el trabajo al precio que sea. En estas circunstancias se dan actualmente situaciones precarias de trabajo en las que la condición de irregular frena a sus víctimas a la hora de denunciarlas. El inmigrante sin documentos se encuentra indefenso, desde un punto de vista jurídico, debido a los impedimentos que crea el marco legal.

Los empresarios, ante el temor de las inspecciones, cada vez son más rigurosos a la hora de emplear extranjeros y exigen el correspondiente permiso de trabajo. Ahora bien, cuando disponen de él, los emplean sin problema, en ocasiones, sin darlos de alta en la Seguridad Social o cotizando por ellos mucho menos de lo que corresponde. Esta situación tiene sus consecuencias cuando se trata de renovar los permisos, pues se exige un periodo mínimo de cotización. A veces, el trabajador llega a costear los pagos de la Seguridad Social, correspondientes a la empresa, para asegurar su situación legal en España. Pero algunos ni siquiera tienen esta posibilidad, con lo que caen en situación irregular después de haber tenido permiso. Esto sucede hoy día con demasiada frecuencia y las autoridades no quieren buscar las soluciones adecuadas.

Los sectores principales en los que se emplea, o empleaba, a los extranjeros son la agricultura, la construcción, la hostelería y el servicio doméstico. También se ha incrementado el número de vendedores ambulantes en el ámbito urbano. Han resurgido figuras como la de la criada o la sirvienta. En su inmensa mayoría el trabajo doméstico interno en España lo desempeñan personas extranjeras, sobre todo mujeres. Esto ha producido un cambio en el rol de la mujer inmigrante dentro de la familia. Debido a la mayor facilidad que estas tienen a la hora de encontrar trabajo, pese a la situación de crisis económica, nos hallamos ante el problema de la di-

ficultad del hombre para aceptar el papel de la mujer como fuente estable y segura de ingresos, quedando él en segundo plano, cuando la situación en su país de origen era a la inversa. En ocasiones extremas esto ha traído consigo casos de malos tratos y ruptura de parejas.

Aunque quede solo como una simple mención, las mujeres dedicadas a la prostitución constituyen el grupo en el que la situación de esclavitud se ha dado con mayor radicalidad. No es posible de obtener con certeza el número de estas mujeres. Durante años se ha manejado la cifra de trescientas mil, pero este dato ha quedado obsoleto. Recientemente, el Ministerio del Interior publicó un balance de datos de la trata de seres humanos. El perfil de la mujer explotada sexualmente era, de forma mayoritaria, mujer rumana de entre 33 y 37 años y residente en Cataluña. Asimismo, el origen de otras mujeres está en Brasil, Rusia, Nigeria, Níger y otros países especialmente del Este europeo^[6].

Mi preocupación personal y profesional ha estado centrada en la explotación laboral y las estafas que he conocido en el colectivo de hombres y mujeres inmigrantes. En ocasiones he visto el provecho que sacaban algunas empresas al hacer uso de los contratos en origen, sometiendo a los trabajadores a condiciones indignas, con horarios de trabajos excesivos y ridículos salarios a percibir. Los sectores donde se han producido más casos de explotación –por fortuna, hoy casi todos corregidos– han sido el agrario, el servicio doméstico y las mujeres que ejercen la prostitución en los clubes de alterne. Por ejemplo, recuerdo la sorpresa de la inspectora de trabajo, a la que recurrimos, cuando vio las condiciones en las que trabajaban un grupo de personas de nacionalidad marroquí. Aquellos inmigrantes estaban alojados en antiguas pocilgas con una ducha y dos aseos para más de cien personas mal pagadas y tratadas como animales. El explotador era un extranjero comunitario que en aquel momento se estaba construyendo una mansión. Los trabajadores estaban dados de alta en el sector agrícola, aunque eran profesionales de alta cualificación en el sector de la construcción, yesería, carpintería, estucado, etc.

c) Vivienda

En cuanto al derecho a “una vivienda digna y adecuada”, como afirma el mandato constitucional, la población inmigrante –en la mayoría de los casos, no en todos– ha vivido al margen. Bien es verdad que no son solo ellos, sino también un elevado porcentaje de españoles, los que todavía ven la enorme distancia existente entre la realidad y el deseo constitucional^[6]. Según el informe de 2012, publicado en 2013, del Consejo General del Poder Judicial, los juzgados españoles tramitaron un total de 70.257 peticiones de desahucios, ejecutándose 46.408^[7].

Como es lógico, en general, los inmigrantes han buscado viviendas de alquiler lo más baratas posible y, en muchos casos, pisos para compartir. Así es cómo la mayoría vive en barrios ignorados o problemáticos. A veces, los ciudadanos nacionales se quejan de la masiva presencia de este colectivo en algunas zonas de nuestras ciudades, pero la razón de su asentamiento es solo económica. También es cierto que no ha existido una planificación de distribución adecuada para esta población y las autoridades han dejado su ubicación en manos del "mercado", dando como resultado la aparición de barrios organizado prácticamente por países.

Las viviendas que ocupa la población inmigrante suelen ser normales, si bien hay casos en los que, pese a pagar un alquiler, se encuentran más cerca de la infravivienda que de la vivienda digna. Por no hablar de los pisos-pateras, que todavía son una realidad en las grandes ciudades.

Es cierto que algunos inmigrantes compraron viviendas en el mercado libre con su correspondiente hipoteca. Algunos continúan pagando su deuda al banco, mientras otros –como tantos andaluces y españoles– han entregado su casa y se han marchado a sus respectivos países. Sin embargo, los bancos siguen reclamando la deuda contraída. La realidad es que no acabamos de conseguir la dación en pago, como la fórmula más cercana a la justicia. Aunque en el caso de los inmigrantes algunos bancos no han tenido más remedio que aceptarla^[8].

En el caso de los arrendamientos se constata también cierta actitud xenófoba por parte de los propietarios de viviendas. Hay un buen número de reportajes, fundamentalmente en emisoras de radio o cadenas de televisión en las que un presentador o presentadora del programa llamaba a diversos propietarios diciéndoles que quería alquilar su vivienda que había visto anunciada. Primero el tono utilizado por la presentadora era con voz de extranjera y se le indicaba por parte del propietario que la vivienda ya estaba ocupada. Luego usaba el español correctamente y se le abrían todas las puertas.

d) Atención sanitaria

Respecto al derecho a la salud, sí creo que, pese a las dificultades, se ha podido acceder a él con normalidad, tanto por parte de la población regularizada como de los "sin papeles". Es lamentable que actualmente se haya creado una polémica en torno a la atención sanitaria a este último colectivo, que no supone un gasto excesivo para las arcas del Estado. Con las medidas impuestas por la reforma sanitaria que afecta a los inmigrantes irregulares, excepto en Andalucía –aunque sea mediante notas internas

dirigidas a los sanitarios– y el País Vasco –que lo ha hecho como debe ser: mediante un decreto–, se están incumpliendo las directrices y pronunciamientos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que, con el fin de hacer posible la salud universal y gratuita, exige que no sean los pacientes quienes se vean obligados a financiar su tratamiento. El Consejo de Europa, encargado de velar por el cumplimiento de los derechos humanos en cuarenta y siete países, ha sido tajante: excluir a los extranjeros sin papeles de la sanidad española es ilegal. “*La crisis no puede servir como pretexto para negar el acceso a la sanidad*”, concluía un informe sobre derechos sociales divulgado el pasado 28 de enero (blog de *El País*, 07/02/2014).

Sin embargo, no solo preocupa la atención primaria del colectivo que carece de tarjeta sanitaria desde el RD 16/2012, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2012, como consecuencia de los recortes presupuestarios que sufre nuestro país. Preocupa también la atención en urgencias hospitalarias cuando observamos, según el colectivo Yo Sí Sanidad Universal, en diversos hospitales de España, especialmente en la capital, que siguen amenazando con cobrar en urgencias a la población inmigrante. Recordemos que en el mencionado Real Decreto la exclusión tiene excepciones: las urgencias, la atención al parto, el post parto y los menores (*El País*, 15/07/2014).

Lo más complejo, sin duda, es la atención a las personas con problemas mentales. La expresión **Síndrome de Ulises** la acuñó el profesor y psiquiatra Joseba Atxotegui en 2002 para referirse a la sensación de ansiedad, estrés y fatiga que muchas veces marca la vida cotidiana de las personas inmigrantes y desplazadas. Tomaba su nombre del protagonista de *La Odisea* de Homero, que recorrió el Mediterráneo rumbo a Ítaca tras la guerra de Troya. Siglos más tarde, Constantino Cavafis dedujo que lo importante era el viaje en sí mismo y no el destino final, pero probablemente Ulises no lo supiera y muchos inmigrantes también lo ignoran.

Atxotegui conoce el terreno que pisa, pues no en balde trabaja en el Servicio de Atención Psicopatológica y Psicosocial a Inmigrantes y Refugiados (SAPPIR) del Hospital San Pedro Claver de Barcelona, donde se dio de bruces con ese estrés crónico y múltiple que viene provocado más por cuestiones exteriores del individuo que por su propio desvarío: “*Antes, los inmigrantes tenían más posibilidades de regularizarse y de progresar, no eran perseguidos. Pero el cierre de fronteras los ha llevado a vivir situaciones límites, estas personas tienen ahora unas trabas enormes*”. El fracaso en su proyecto migratorio, los obstáculos y otras circunstancias adversas influirán decisivamente en su salud mental^[9].

Casi un millón de personas puede sufrir en España un cuadro sintomático relacionado con dicho síndrome, que a juicio de Atxotegui se vincula con

cuatro factores: *“Soledad, al no poder tener a su familia; sentimiento interno de fracaso, al no tener posibilidad de acceder al mercado laboral; sentimiento de miedo, por estar muchas veces vinculados a mafias; y sentimiento de lucha por sobrevivir”*.

Sin embargo, más allá del síndrome, en la historia reciente de nuestro país, problemas psiquiátricos, en principio de carácter personal, han terminado derivando en focos de tensión pública. No podemos olvidar que la escala de violencia que tuvo lugar en El Ejido a comienzos de 2000 estaba relacionada con una serie de problemas estructurales y de convivencia entre la población de acogida y los inmigrantes. Sin embargo, lo que en verdad desencadenó el conflicto fueron dos homicidios atribuidos a inmigrantes marroquíes, personas que tenían alteradas sus facultades mentales en mayor o menor medida y que no estaban recibiendo el tratamiento adecuado.

Nos encontramos con un problema de complicada solución: si el idioma es importante para expresar cualquier dolor del cuerpo, más importante es para expresar “el dolor del alma” y esta dificultad del sistema sanitario no acaba de estar resuelta. Me consta que psiquiatras y psicólogos han buscado alternativas tecnológicas, tipo traductores informáticos. Algunos dominan básicamente el inglés y el francés, pero no parece suficiente.

Cierto es que los datos ofrecidos en su día por el complejo hospitalario Torrecárdenas en Almería nos hablan de que solo un 7% de los pacientes de salud mental son inmigrantes. La presencia, por tanto, de este colectivo comparada con la población inmigrante en el poniente (76.104 empadronados) es muy baja. Además, la población inmigrante es joven y, por lo general, con buena salud. Pero no hay que olvidar que los tristes acontecimientos del año 2000, a los que ya me he referido, se iniciaron por el asesinato cometido por el enfermo mental inmigrante que no había sido atendido adecuadamente.

La población inmigrante sufre ansiedad y estrés motivados por sus condiciones de vida y por el futuro incierto que se le plantea. Las dificultades de adaptación son, según algunos especialistas, episodios depresivos que tienen orígenes diversos. Afortunadamente, en el colectivo inmigrante la fuerza solidaria del grupo del país de procedencia actúa como amortiguador de los conflictos personales y comunitarios.

La investigadora gaditana Mónica García Arboleda elaboró la primera tesis doctoral sobre la incidencia social de este problema. Su investigación se centro en Andalucía. El 81,7% de los encuestados para su investigación presentó síntomas asociados al síndrome de Ulises: tristeza, insomnio, nerviosismo, llanto y ansiedad. Es un cuadro reactivo de estrés ante situa-

ciones de “duelo migratorio”: la distancia de los seres queridos, la lengua, la cultura, la tierra, el status social, el contacto con la etnia o los riesgos físicos son cuestiones que aparecieron en la investigación realizada sobre 208 personas inmigradas (*El País*, 15/09/2013).

En los ámbitos sanitario y legal me he encontrado algunas veces con dificultades, especialmente en enfermos terminales que antes de morir querían ver a su familia. En ocasiones, los visados se han conseguido con rapidez, pero en otras la persona ha fallecido sin haber recibido el consuelo de sus seres queridos. Algo parecido ha sucedido con la repatriación de cadáveres, que a veces no ha podido hacerse por falta de medios económicos. En algunos casos la propia comunidad del país del fallecido ha hecho una colecta y se ha hecho realidad el deseo del finado.

e) Educación

Un indicador clave para el presente y el futuro de las personas venidas de otros países y su integración es la educación.

1.1. Adultos

Cuando hablamos de este derecho normalmente pensamos en los menores, pero en el caso que nos ocupa eso sería un error. Los *adultos* tienen necesidad de formarse porque en muchos casos no pudieron hacerlo en sus países de origen o, sencillamente, porque han llegado a un país nuevo y desean conocer su cultura. Llama la atención que en los últimos años en Andalucía las escuelas de adultos se han “salvado” gracias a la matriculación de hombres y mujeres inmigrantes. Es verdad que la posibilidad de obtener el carné de conducir ha sido un buen argumento o, a veces, un sueño para aprender a leer y escribir. Las mujeres de algunos países han tenido problemas para ir a la escuela debido a la costumbre machista de tener que solicitar el permiso al marido y este no darlo, pero muchas han sabido organizarse y se han dado casos en los que una profesora ha ido a sus casas a enseñarles a leer y escribir. Ha habido personas muy comprometidas que han trabajado en este sentido más allá de lo que le exigía su convenio.

Resulta llamativo el número de extranjeros de los llamados “países terceros” con un alto nivel de formación. No es infrecuente encontrar a titulados superiores en este colectivo. Los más preparados, los más fuertes, ese es el perfil de quienes emprenden el viaje, y apenas caemos en la cuenta de que continentes enteros se están quedando sin brazos y sin cerebros.

1.2. Escuela intercultural

Si hablamos de la educación a menores, lo primero es agradecer al profesorado su esfuerzo por atender y educar a los hijos de estas personas que han venido a nuestro país para trabajar. Maestros y maestras han sido los artífices de un cambio radical en la concepción de la educación multicultural en Andalucía y en España. Abandonaron pronto el objetivo de la asimilación del diferente y propiciaron la interculturalidad como fórmula para el progreso común de pueblos y culturas obligados a convivir. Así, el éxito de la escuela intercultural en Andalucía se ha basado en dos principios: el conocimiento y el respeto. Conocimiento de las respectivas culturas y respeto mutuo.

La multiculturalidad es una realidad creciente en nuestra sociedad, mientras que la interculturalidad es un método de trabajo encaminado a conseguir que esa sociedad sea realmente diversa y plural, donde cada persona pueda alcanzar su plena realización sin verse condicionada por su origen, su procedencia o su pertenencia a un determinado grupo étnico o social. Hay que reconocer también el importante papel de la Administración educativa andaluza en el diálogo intercultural dentro de la escuela (probablemente el único espacio donde he podido vivirlo). Los diversos programas de la Administración autonómica puestos en marcha a lo largo de los años se han fundamentado –siempre escuchando al profesorado– en estos dos pilares:

1. Creación de las aulas temporales de adaptación lingüística. Se trata de un programa iniciado por la Asociación Almería Acoge y posteriormente asumido por la Administración. En la actualidad, ha sufrido cambios conceptuales con un objetivo prioritario: evitar la discriminación dentro y fuera de las aulas.
2. El segundo pilar han sido los mediadores interculturales, que deben establecer la relación entre padres y escuela, así como mediar para resolver conflictos.

El trabajo cooperativo ha sido otra seña de identidad de un buen número de escuelas que han optado por este modelo educativo: programación intercultural y diseño curricular en la misma línea, junto a los profesores de apoyo y a la formación de todo el profesorado. Estos han sido los aspectos claves de una escuela inclusiva.

Hay problemas que siguen sin resolverse. A la falta de medios habría que añadir la tendencia a reunir o hacinar a los niños y niñas inmigrantes en un único centro escolar dentro de una zona. La razón es siempre la misma: *“que tengan más medios con un coste razonable”*. El problema que se plantea es fácil de entender: si la mayoría son inmigrantes, ¿cuándo se

produce el diálogo intercultural con los autóctonos? Este asunto continúa sin solución.

Otra cuestión que me parece clave es la de que son muchos los niños, niñas y adultos que vienen de países en los que se han criado y a veces vivido muchos años. ¿Cómo es posible que no cuidemos su cultura de origen? Es un grave error no hacerlo. Parte de los disturbios acaecidos en las barriadas de algunas ciudades francesas tienen su explicación en el desarraigo. Se trata de ciudadanos franceses que no son aceptados como tales, con un país de origen del que ignoran hasta el idioma. Creo que, como hacen las madres y padres senegaleses, se debe dedicar un día a la semana para que los niños y las niñas conozcan sus lenguas, tradiciones, costumbres... En definitiva, su cultura. Solo así el diálogo intercultural será beneficioso para todos y habremos contribuido al reconocimiento y protección de la identidad cultural de la ciudadanía.

f) Atención social

En el acceso a los sistemas de protección social apenas ha habido diferencia de trato de la población inmigrante en comparación con los autóctonos, si bien hay dificultades provocadas más por la situación legal –por ejemplo exigencias de empadronamiento– que por el cumplimiento del derecho. Pese a todo, en algunos dispositivos de atención social, los llamados servicios sociales comunitarios, se ha utilizado de manera rigurosa, y creo que no siempre adecuada a la legislación vigente, las exigencias de documentación a este colectivo. Los informes sociales han sido otra batalla para poder acceder tanto a la nacionalidad como a la regulación legal mediante el arraigo.

Lo cierto es que la población inmigrante en muchas ocasiones ha huido de los servicios sociales públicos y ha buscado ayuda en asociaciones específicas y en parroquias, más aún cuando la única expresión que escuchan por parte de los trabajadores es “*no hay dinero*”. Así es la situación actual: tanto autóctonos como extranjeros acuden a pedir ayuda a organizaciones sociales, pues las administraciones dicen que no tienen recursos.

4- Recapitulemos

Con lo expuesto hasta aquí parece evidente que el fenómeno migratorio está cargado de contradicciones. La aspiración, innata en el ser humano, a una vida más digna puede conseguirse después de superar numerosas dificultades. Esto lo saben bien aquellas personas que lo han conseguido; otras murieron en el intento de encontrar una existencia mejor. Un grupo

numeroso no ha logrado –no sabemos si lo conseguirán– ese objetivo que se marcaron hace mucho tiempo allá en sus países, un objetivo muy simple que corresponde como derecho a cualquier hombre o mujer simplemente por haber nacido: trabajar en condiciones aceptables para ayudar a las familias y así poder aspirar a una vida mejor.

El emigrante no suele saber que lo es hasta que alguien se lo echa en cara. El emigrante tan solo quiere buscarse la vida, esto es, lo que le niega su tierra de nacimiento: una parcela de subsistencia y derecho a resistir. Además, ser emigrante significa buscar la tierra de la esperanza, la prometida, la que debe acabar con todos los males personales y familiares. El mal es la hambruna, pero también la falta de porvenir, las puertas cerradas por los poderosos y la vida machacada por la imposición de las armas, como sucede en tantas ocasiones. El inmigrado ansía con fuerza la llegada al país que se ha marcado como objetivo. El camino es muy largo, demasiado. Faltan las fuerzas, pero es la esperanza de tocar la tierra de sus sueños la que lo mantiene en pie. Aquí la esperanza está en el camino o, mejor dicho, es el camino. Lo demás apenas importa.

Todo decae, hasta el cuerpo, cuando en la meta no solo te esperan voluntarios dispuestos a ayudar, sino hombres y mujeres uniformados que con su mirada dicen: *“Lo siento, pero es la Ley”*. El inmigrado no se rinde. Decae, pero sigue expectante. Comprueba que el sueño era más hermoso que la realidad. No obstante, se agarra a él, se aferra a las últimas gotas del aire de la utopía para salir adelante frente a una burocracia absurda, a los bates de béisbol o al miedo de la ignorancia que arma muchos de los discursos políticos en media Europa. Sin embargo, su peor enemigo no es la xenofobia, sino la nostalgia. Ya hemos conocido “el síndrome de Ulises”. Y es que en un lugar donde no se les acepta fácilmente terminan añorando el lugar del que vienen –aunque, claro está, ese lugar tampoco los aceptará⁽¹⁰⁾.

5- Menores inmigrantes

Dentro del mundo migratorio resalta como un indicador de las contradicciones del sistema economicista la presencia de menores. Es significativo el ir y venir de estas personas por las diferentes fronteras del mundo. Son pequeños seres a los que la vida se les ha venido encima de golpe. No hay piedad para ellos.

La familia deja de ser un lugar de refugio al que asirse ante las inclemencias de la vida. Los gobiernos solo piensan en intereses muy alejados de niños y niñas. Sin embargo, ellos y ellas representan la esperanza posible de cara al futuro. Deseo que sean capaces de cambiar el pensamiento ses-

gado hacia la inmigración. Lo conseguirán en la medida en la que sean capaces de aprovechar lo positivo de los países desarrollados sin perder la conciencia de pertenencia a su país de origen.

Han aparecido en mi vida muchas veces. Me buscaban, porque traían mi dirección desde Marruecos o porque habían sabido de mi existencia ya en España. Me han pedido ayuda para todo: para ir a un centro de menores cuando se cansaban de vivir a la intemperie, para denunciar el trato recibido en algún otro centro de protección, para preguntarme qué harían cuando cumplieran los dieciocho años si aún no los habían regularizado –que es la obligación de la Administración–. Algunos, los menos, me han pedido ayuda para volver a su país después de verse envueltos en terribles aventuras de drogas y prostitución masculina. Me han hecho llorar porque querían volver con sus padres y estos no lo permitían...

Desde el momento de la llegada de estos niños –casi todos son varones– hay diferentes etapas, pero los objetivos suelen ser siempre los mismos: la búsqueda de trabajo y mandar dinero a sus familias. En los primeros que vinieron existía una dosis de aventura difícil de olvidar. Recuerdo a Omar, que pensaba ganar rápidamente mucho dinero para comprarse un coche. Más tarde llegaban para prepararse, formarse y conseguir un buen trabajo que les permitiera traer a la familia. Había apoyo y consenso familiar a la hora de tomar la decisión de emigrar. Eran los “embajadores” de familias empobrecidas que veían en estos niños una esperanza de futuro. Había espontaneidad y necesidad en la decisión.

Las mafias que traficaban con ellos todavía eran más o menos “humanas”. Los chavales sentían el desarraigo y el estrés al comprobar lo difícil que resultaba conseguir dinero para mandarlo a su país. Recuerdo el llanto nocturno, angustiado, de un niño –no tendría más de diez años– por la ausencia de su madre. Así, con diferencias importantes, la inmigración de menores se fue convirtiendo en una realidad en la que el poder de las mafias se ha ido incrementando, aunque deberíamos reconocer que, en ocasiones, el recurso a la existencia de las mafias ha supuesto una buena excusa para pedir que los niños regresen a su país.

El último grupo con el que he dialogado estaba formado por menores procedentes de aldeas cercanas a Nador (Marruecos). El *modus operandi* de la organización que los trajo había sido el siguiente:

- Visitaron a familias con algunos ahorros o que tuvieran la posibilidad de vender algo para pagar el “pasaje”.
- En estas visitas se habló a los padres de la “seguridad” de la operación y se mostraron imágenes en DVD de los centros de menores.
- Se pidió un precio equivalente a mil euros.

- Una vez realizado el pago, la furgoneta recogió a los menores y los llevó a una especie de cortijo donde los ocultaron de las inspecciones de la policía. Los niños se quejaban del hambre que pasaron y del trato que allí recibieron.
- Cuando la organización lo consideró oportuno, los llevaron a la costa, donde una embarcación los esperaba. La travesía fue dura. Venían más de 56 personas, 28 de ellas menores.
- Cuando al fin alcanzaron la costa almeriense, la Administración andaluza se encargó de ellos.

Fui a visitarlos el 10 de marzo de 2012 y todos me expresaron sus deseos de estudiar y trabajar. Tenían muy claro que debían ayudar a sus familias. Algunos pensaban seguir camino hacia ciudades europeas donde se encontraban algunos familiares.

Junto a estas personas menores que habitualmente están alojadas en centros de protección nos encontramos con un colectivo cada vez más amplio que viven abandonados en las calles de muchas ciudades llevando consigo la etiqueta de extutelados. Estos jóvenes, que ya no son menores, reclaman hoy por hoy una intervención más decidida de las distintas administraciones. Mientras tanto, la atención que reciben viene de mano de asociaciones con carácter social.

Los encuentros tanto con menores como con extutelados me sacuden interiormente, me hacen dudar de la especie humana y, al tiempo, cuando veo el compromiso de las personas que lo atienden, confiar plenamente en ella.

6- Conclusiones

- 1ª) La clase trabajadora hoy –considerando los términos en un amplio sentido– desarrolla su existencia pilotada por dos términos que en ocasiones se vuelven trágicos: inestabilidad e inseguridad. La situación se endurece si añadimos el hecho de ser inmigrantes.
- 2ª) Es verdad que millones de seres humanos encontraron en nuestro país un lugar para crecer en dignidad, justicia y libertad. Muchos de ellos se quedarán para siempre; otros están a merced de los cambios en el mercado de trabajo. Igual ocurre a los autóctonos, es cierto, pero el ser extranjero pobre añade un plus de problemas que no podemos olvidar.
- 3ª) La historia de las migraciones en España está llena de paradojas: fuimos emigrantes, acogimos a millones de inmigrantes, ahora volvemos a emigrar. Estamos en las mejores condiciones para comprender el derecho a emigrar.

- 4^a) Los pilares básicos de la integración de las personas que vienen de fuera no siempre han respondido al papel que tienen asignado. La regulación legal ha sido un hándicap continuado para aquellos que deseaban estar en nuestro país cumpliendo todos los requisitos. Las diferentes leyes, decretos, reglamentos reguladores y normativa en general se han visto desbordados por la realidad. De ahí los cambios a los que hemos asistido, que oscilaban entre apertura y cerrazón con el fantasma permanente del “efecto llamada”.
- 5^a) Sin una regulación jurídica adecuada es difícil vivir la integración en su plenitud. Aun en el caso de cumplir todos los requisitos (documentación en regla, un puesto de trabajo, una vivienda digna...) siempre, especialmente en tiempos de crisis, hay por parte de un sector de la población una actitud acusadora e inquietante: vete a tu país y dame ese puesto de trabajo. La guerra soterrada entre los sectores empobrecidos ha sido auspiciada por aquellos que solo ven en los seres humanos una posibilidad de negocio.
- 6^a) Del acceso a los recursos públicos claves en la vida de una persona, como son salud y educación, pese a las dificultades, creo que hay que realizar una valoración positiva. De alguna manera esos recursos y su personal han dignificado la vida de este colectivo. También es cierto que la vivienda sigue siendo un problema no resuelto para toda la ciudadanía.

NOTAS

⁽¹⁾ Ver G. Estévez Rodríguez: *La oscuridad del viento*. Ed. Paso de la Gorgoracha. Motril, 2013. Págs. 21-23.

⁽²⁾ Véase www.juanjosetellez.com y Javier de Lucas Martín en la red para encontrar su amplia bibliografía.

⁽³⁾ J. Chamizo: *¿Quién ha dicho que vivir sea fácil?* Espasa-Calpe. Barcelona, 2013. Págs. 71-100.

⁽⁴⁾ Véase el Censo Electoral de Españoles residentes en el extranjero que elabora el Instituto Nacional de Estadística (INE).

⁽⁵⁾ Ver *IV Informe de Seguimiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual*. Año 2013.

⁽⁶⁾ Véase el *Informe sobre Discriminación Residencial en la Vivienda hacia las Personas Inmigrantes*, realizado por la Asociación Pro Vivienda de la Comunidad de Madrid.

⁽⁷⁾ *Memoria del Consejo General del Poder Judicial*. Año 2012.

⁽⁸⁾ Según diversas fuentes, el año en el que se hipotecaron más viviendas por parte de la población inmigrante fue 2007, cuando se alcanzó la cifra de 26.395 viviendas en el primer trimestre.

⁽⁹⁾ J. Atxotegui, Estrés Límite y Salud Mental: “El Síndrome del Inmigrante con estrés crónico y múltiple (Síndrome de Ulises)”. *Revista Norte de Salud Mental*, 2005, volumen V, nº 21, págs. 39-53.

⁽¹⁰⁾ J. Chamizo. Obra citada. Pág. 285.

EJES DE LA REFORMA LABORAL Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO

HENAR MERINO

*Lan-arloko jurisdikzioko magistratua eta
Gaztela-Mantxako herriaren defendatzaile ohia /
Magistrada de la jurisdicción social y
ex defensora del pueblo de Castilla-La Mancha*

Los cambios normativos en el ordenamiento laboral no son una cuestión novedosa ni específica de esta etapa de crisis económica. El derecho del trabajo se caracteriza por su adaptación a los condicionantes económicos y sociales; es una rama del Derecho intrínsecamente unida a esos factores.

Pero, posiblemente, lo que se deba subrayar de la reforma laboral que se está produciendo desde el año 2012 sea la continuidad de la reforma, es decir, que no se ha producido una reforma estructural (o coyuntural en algún porcentaje), sino que se conoce cuándo ha empezado la reforma o se puede situar el momento de salida, pero ante las continuas reformas que se han sucedido, no se conoce aún cuándo se puede dar por terminada o finalizada. Es como si fuera una reforma no inacabada sino viva, y sometida a los efectos o consecuencias de la misma, tanto de tipo económico (efectos de los costes), jurídico (consecuencias en la inseguridad jurídica que supone una reforma abierta) o social (efectos negativos sobre la protección), y sobre los cambios que se producen se hacen pivotar los cambios normativos.

Se puede afirmar que la normativa laboral (en sentido amplio, en el que se incluye la protección social o prestaciones sociales que están dentro del ámbito de esta rama del Derecho) tiene o ha tenido esa "viveza" en su andadura. Pero esa característica apuntada se extendía y estaba referida, principalmente, a la parte del ordenamiento que requiere de adaptación por los condicionantes de los Presupuestos Generales del Estado, de los cambios en las previsiones sobre la pirámide de la población o sobre resultados o situaciones coyunturales del mercado de trabajo. Tales elementos han supuesto que las leyes de acompañamiento a la Ley de Presupuestos introdujeran, casi como un clásico, reformas puntuales en materia de Seguridad Social o de empleo. Esos cambios (anuales) no afectaban a los pilares básicos y esenciales del derecho del trabajo, como puedan ser el principio de estabilidad en el empleo (causalidad de la contratación temporal), el sistema de fuentes normativas, la causalidad en la extinción, el protagonismo de los representantes de los trabajadores en la flexibilidad interna de las condiciones de trabajo, etc. La negociación colectiva es fuente principal del derecho del trabajo (regulación de las condiciones laborales adaptadas a cada sector).

El diseño del sistema de relaciones laborales tiene justificación y legitimación en la Constitución Española, que reconoce la función democrática y social de los sindicatos y organizaciones empresariales; que enuncia como derechos fundamentales la libertad sindical y el derecho a la huelga; y que configura el derecho a la negociación colectiva como instrumento esencial de esa libertad sindical.

La reforma laboral no es un cambio normativo de adaptación a una crisis económica que actúa sobre el coste del empleo de forma aséptica, sino que va a incidir en los ejes constitucionales de la protección social, como es la configu-

ración del empleo en general y del derecho al trabajo, en toda su extensión. En suma, va a afectar a los principios sociales (laborales) que se enuncian en los arts. 40 y 41 del capítulo III de la CE, como se tratará de razonar, así como a los derechos laborales contenidos en los arts. 28 y 37 de la CE, y a la función de los sindicatos (art. 7 de la CE).

Pero el modo mejor de acreditar estas afirmaciones es el comentario de los grandes cambios y sus primeras implicaciones. Los efectos a largo plazo se pueden aventurar y se puede no estar de acuerdo en ello. No es tan discutible la elección y selección por el legislador de las materias e instituciones que se han visto transformadas, y que en ocasiones son difíciles de reconocer respecto a cómo se configuraron en el sistema democrático de relaciones laborales.

1. La protección social (laboral) y la afectación de la reforma laboral a la estructura de esa protección

Se podría estar de acuerdo que forma parte del elenco de materias a incluir en la esfera del Estado social el diseño de la protección social en el ordenamiento español y se puede estar de acuerdo en qué se debe analizar para responder al planteamiento de este epígrafe: ¿qué ha ocurrido con el empleo?, ¿qué ha ocurrido con las prestaciones de Seguridad Social y desempleo?, ¿qué ha ocurrido con el SMI y con el salario mínimo convencional?, ¿qué ha ocurrido con el derecho al trabajo (protección al empleo)?, ¿qué puede ocurrir con las carreras de seguros sociales de los jóvenes (contratos en prácticas, para la formación, a tiempo parcial en los desempleados)?

Y de un análisis –sin resultados actualmente por la falta de tiempo de las medidas– se puede comprobar que se altera el sistema de cotizaciones a la Seguridad Social de y en esos contratos. Las bonificaciones para el “fomento del empleo” afectan a las prestaciones por desempleo y a las cotizaciones generales, que implican cotizaciones a tanto alzado sin tener en cuenta el salario (cantidades fijas y muy por debajo de lo establecido hasta ahora). Un elenco tan extenso como situaciones de difícil acceso al empleo están concurriendo en el mercado, que se está dividiendo entre los que estuvieron y los que pretenden entrar por primera vez, o los que salieron y pretender continuar.

De este modo, se van a generar dos carreras de seguros sociales: los trabajadores en el mercado con contrato vigente y que permanecen durante la crisis, y los trabajadores o grupos de trabajadores incluidos en el fomento del empleo (mujeres, jóvenes con o sin formación, desempleados con prestación y sin prestación, etc.), para los que se constituye un sistema de protección social o seguro social de segunda categoría (paralelo e imposible de que confluya con el actual). A los incluidos en este “nuevo sistema” les será difícil acceder a las prestaciones o de acceder a la prestación, será la mínima (las bases reguladoras se han visto o se van a ver afectadas de forma sustancial).

Estos colectivos, en muchas ocasiones, deben exponer su prestación por desempleo para ser contratados y sobre ella se hacen girar las bonificaciones a los contratos precarios (no solo en condiciones laborales, sino con la nueva carrera de seguro social).

Los trabajadores que han permanecido en activo verán recortados las prestaciones sociales (jubilación, incapacidad, etc.) no solo por las nuevas condiciones exigidas de más años de cotización, sino por el recorte salarial que permite la REFORMA y que puede venir de la falta de negociación colectiva en muchas empresas y sectores, de las modificaciones sustanciales unilaterales impuestas por la empresa (cambio en el sistema de remuneración, recorte lineal de salario, etc.).

Así, cuando se afirma que las prestaciones sociales no se han “tocado” es una verdad a medias o más bien es falsa, en tanto que afecta a las futuras carreras de seguro laboral (protección de Seguridad Social) de los nuevos trabajadores y existe previsión de recorte en los antiguos (aun con claras diferencias).

Se debe indicar además que la regulación planteada desde el “fomento del empleo” trata de evitar la tacha de desigualdad en el trato (discriminación prohibida), al establecer forzadas diferencias para la imposición de un nuevo diseño de la protección social que afecta a la estructura del sistema, que cambia el propio sistema de protección.

En suma, se ha regulado exponiendo las prestaciones adquiridas, obligando a los trabajadores a exponer su marco de protección y con él financiar sus contratos y su protección social, y todo ello sin admitir el cambio del sistema, lo que supone una dificultad añadida para defender las bases legales y constitucionales de dicho sistema (igualdad de trato, principio de reparto, sistema contributivo respecto al salario, etc.).

Se podría afirmar, sin conocer los resultados futuros, que ha afectado a las instituciones en los elementos que le daban entidad propia con contenido constitucional. Se podría concluir que ha afectado al modelo constitucional elaborado en el año 1978 y desarrollado hasta la actualidad.

Al tratarse de una descripción general de los cambios y ser estos de tal entidad y complejidad, se debe esperar meramente un apunte sobre los ejes de esta reforma en materia de empleo. Y no se va a entrar a analizar la regulación legal de las múltiples adaptaciones de la protección por desempleo o de las prestaciones de la Seguridad Social, más allá de lo expuesto como mero apunte del diseño que parece que se desprende de una aparente regulación de “crisis”.

Ahora es importante comentar qué ha sucedido con el EMPLEO, con los cambios en la configuración del mercado de trabajo, tanto a la entrada como a la salida del mercado de trabajo.

1.1. Reformas en el contrato de trabajo (en el ingreso)

Nos referimos a los cambios en las modalidades contractuales en tanto que han afectado o pueden afectar a la configuración del principio de estabilidad en el empleo (no solo por la presunción de contrato indefinido, sino también por el especial régimen de resolución unilateral por parte de la empresa).

La reforma estrella o ejemplar ha sido “el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores”, que se formula como contrato por tiempo indefinido, aun cuando se prevé que los beneficios y el régimen jurídico del mismo deben tener una duración mínima de 3 años (para aprovechar los beneficios fiscales, de Seguridad Social, etc.).

Se subraya en este contrato regulado en el marco del fomento al empleo que durante el primer año de duración del contrato el empleador puede rescindir el mismo sin alegar causa alguna (extiende el periodo de prueba, por el que se puede rescindir la relación laboral sin tener que acreditar la motivación o causa de la resolución). Resolución sin causa, despido libre (sin coste).

La extensión del periodo de prueba, de su régimen jurídico, a tiempos no conectados con la finalidad de la misma desvirtúa la propia institución e introduce la posibilidad de la arbitrariedad empresarial, desvirtúa la naturaleza del contrato bilateral o sinalagmático y aparta del contrato la situación de igualdad en que las partes se deben colocar o debían estar situadas. Tal es así, que deja en manos de una de las partes la resolución sin causa y afecta, como no puede ser de otra manera, a la naturaleza bilateral, recíproca del contrato entre dos (a la obligación de cumplir lo pactado). Desigual situación en el contrato.

El periodo de prueba es la institución excepcional frente a la necesidad de causa en el despido. El periodo de prueba está pensado para rescindir el contrato durante un tiempo limitado al no ajustarse a las expectativas laborales y por ello se hace depender de la categoría o puesto a desempeñar (periodo de prueba de un mes para personal sin cualificación y de tres meses para personal cualificado).

Así, esta “especialidad” no deriva del tipo de contrato ni de las funciones a probar del trabajador, sino que se generaliza la resolución sin causa en este tipo de contratos (sin causa, solo por dimensión de la empresa)⁴¹.

41 El Tribunal Constitucional ha analizado estos concretos aspectos del contrato indefinido para apoyo a los emprendedores. La STC 119/2014, de fecha 16/07/2014, ha entendido que no afecta al principio de igualdad ni a la de seguridad jurídica y en resumen afirma lo siguiente: “En síntesis, hemos razonado que la discutida duración del período de prueba del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores constituye una medida legislativa coyuntural adoptada en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo; atiende a la legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable, lo que conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo” (art. 40.1 CE). En tal sentido, hemos explicado que la ampliación de la duración del periodo de prueba en esta nueva modalidad contractual **no solo cumple la finalidad típica del periodo de prueba; además permite al empresario comprobar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo ofertado con carácter indefinido es viable económicamente y por tanto**

Y convive tal modalidad contractual estructural y coyuntural con el resto de modalidades contractuales estructurales y coyunturales (contratos temporales de fomento al empleo, por obra o servicio determinado, eventual, interino) y se deja suspendida la indefinición cuando el contrato temporal excede de 24 meses en un periodo de 30 meses. Estos contratos temporales estructurales han supuesto y suponen el 45% de la contratación en nuestro mercado. Hay una tendencia a ascender derivada de la amortización alarmante de los contratos indefinidos o de los puestos de trabajo estructurales y con antigüedad en las empresas. Para que las empresas

sostenible. Se trata, en suma, de una medida dirigida a facilitar las decisiones de creación de empleo estable de las pequeñas y medianas empresas (que constituyen la inmensa mayoría del tejido empresarial español), reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial en una coyuntura económica tan difícil y adversa como la actual. En cualquier caso, también hemos destacado las limitaciones legales a que queda sometida la aplicación de la medida, que nos han llevado a concluir que la previsión impugnada supera las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

También ahora, con relación al art. 37.1 CE, por las mismas razones ha de alcanzarse idéntica conclusión. La configuración legal como norma de Derecho necesario absoluto de la duración del período de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador. La decisión legislativa impugnada contribuye pues a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico. Por ello, vista la finalidad y alcance de la previsión cuestionada y una vez ponderados los intereses constitucionales en juego, hemos de declarar que no puede tildarse de lesiva del art. 37.1 CE la decisión del legislador de establecer en un año la duración del período de prueba del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con el carácter de norma imperativa indisponible para la negociación colectiva.

La igualmente aducida infracción del art. 24.1 CE se hace depender en el recurso de la concreta configuración del período de prueba en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, en cuanto reconoce al empresario la plena libertad de desistimiento del contrato durante un período muy dilatado (un año), priva, a juicio del letrado del Parlamento de Navarra, al trabajador de capacidad de reacción frente al desistimiento empresarial, impidiendo el control judicial de dicha decisión. Esta pretendida infracción del derecho a la tutela judicial efectiva resultaría agravada, según el recurrente, por el hecho de que el desistimiento empresarial no lleva aparejado ningún tipo de resarcimiento al trabajador.

Sin embargo, no puede apreciarse tal vulneración, por carecer de fundamento. El derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce por el art. 24.1 CE "en el ejercicio" de los derechos e intereses legítimos, siendo las normas sustantivas (en este caso, el art. 4 de la Ley 3/2012) las que delimitan el alcance de tales derechos e intereses. Respecto a la decisión empresarial de desistimiento durante el período de prueba en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, está garantizado el pleno acceso a la tutela de los jueces y tribunales para impugnar las decisiones no ajustadas al régimen jurídico establecido por la Ley, ya sea por el ejercicio del desistimiento una vez transcurrido el período máximo de duración del periodo de prueba, o porque se haya establecido el período de prueba en supuestos en los que la propia Ley lo excluye expresamente (cuando el trabajador haya desempeñado ya las mismas funciones con anterioridad en la empresa). Igualmente, para impugnar aquellas decisiones que se hayan adoptado por motivos discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales del trabajador (por todas, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre). Lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial en todo caso o una indemnización en caso de desistimiento, exigencias que la norma sustantiva no contempla en la configuración de la institución considerada (ni respecto al periodo de prueba regulado con carácter general en el art. 14 LET, ni respecto del periodo de prueba específico regulado en el art. 4.3 de la Ley 3/2012). Por todo lo razonado, debemos desestimar la impugnación del art. 4.3 de la Ley 3/2012.

de menos de 50 trabajadores puedan realizar este contrato se ha previsto un elenco muy importante de incentivos fiscales y bonificaciones en Seguridad Social.

1.2. Reformas en la salida o en el despido

Seguramente se ha dado publicidad o se ha conocido la reforma laboral en razón de los cambios normativos en esta materia (despido), que son importantes, como veremos, pero entre la entrada y la salida se han producido transformaciones esenciales durante el trascurso de la relación laboral. Los cambios en el poder de dirección empresarial, las modificaciones sustanciales, las condiciones suspensivas del contrato, etc. nos pueden dar una idea de la transformación del derecho al trabajo individual y del recorte de protagonismo de los representantes de los trabajadores. Y todo tendrá una comprensión mejor si se incardina en el cambio en el sistema de fuentes respecto al control de las condiciones laborales y el papel de los agentes sociales (que merece comentario aparte, sin ánimo exhaustivo ni posibilidad de su desarrollo).

Los ejes de la reforma radican, en esta materia, en el abaratamiento del coste del despido y lo que es tanto o más importante: en el **control empresarial de la causalidad del despido**.

1.2.1. Reducción de las indemnizaciones por despido

Es una cuestión comentada en muchos ámbitos que existía la necesidad de reducir las indemnizaciones por despido. Se realiza de forma lineal, pasando de 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades a 33 días por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades. Nos referimos al supuesto de la improcedencia del despido o, dicho de otra forma, al supuesto en que la parte empresarial no cumple con el compromiso del contrato. No existe incumplimiento laboral y se rescinde unilateralmente la relación laboral. El empresario incumple el contrato.

Esta indemnización tiene la función de resarcir el incumplimiento unilateral de la empresa, calcula la pérdida del empleo, la dificultad de entrada en el mercado, e incluye o debería incluir los problemas profesionales que causa tal situación, amén de que el trabajo es un medio de vida para el trabajador. No se calcula por los beneficios reportados y se indemniza por la resolución sin causa unilateral (la causa puede ser alegada, pero no se acredita que concurra como tal). No existe o no se configura como despido libre en sentido estricto, al proveerse de una indemnización ante la improcedencia.

Es tanto o más importante la desaparición de los salarios de trámite en la calificación del despido como improcedente, que se preveían tanto si re-admitía la empresa como si optaba por la indemnización (**función de compensar la resolución sin causa justificada**).

Estos salarios de tramitación, que se establecían por sentencia o en el denominado “despido exprés” hasta la admisión de la improcedencia en la conciliación judicial, se han derogado o vaciado de contenido.

En la actualidad, con la supresión de estas indemnizaciones por incumplimiento empresarial, en el caso de los salarios de tramitación solo la parte laboral soporta el perjuicio de los procedimientos judiciales tardíos (revisión judicial de los despidos); para la empresa no tiene coste que dichos procedimientos se dilaten en el tiempo, aun cuando esta parte sea la incumplidora⁴².

Se han planteado cuestiones de inconstitucionalidad por distintos jueces sobre esta materia, que estaba pensada para resarcir el incumplimiento empresarial en el tiempo que no está juzgada o valorada la causalidad del despido, pero no se han admitido a trámite las mismas.

El legislador/reformador lo motiva ajeno a la finalidad de las instituciones jurídicas y el papel de protección ante el desequilibrio entre trabajador y empresario, e incluso vierte el riesgo de la actividad en el trabajador⁴³.

⁴² Explicación en la exposición de motivos: “Junto a la supresión del «despido exprés» se introducen otras modificaciones en las normas que aluden a los salarios de tramitación, manteniendo la obligación empresarial de abonarlos únicamente en los supuestos de readmisión del trabajador, bien por así haber optado el empresario ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo. En caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días”.

⁴³ Exposición de motivos de la Reforma Laboral de febrero de 2012: “La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura, que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos. Las cifras expuestas ponen de manifiesto que las reformas laborales realizadas en los últimos años, aun bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas...”.

1.2.2. La flexibilidad en las causas de despido “económico” (colectivo, plural e individual)

La reforma laboral de febrero de 2012 y su paso por el Congreso de los Diputados en julio de ese mismo año afecta tanto a los despidos colectivos (art. 51 del ET) como a los individuales o plurales del artículo 52 del mismo Estatuto de los Trabajadores. Así, modifica el procedimiento de control en los despidos colectivos, las causas o motivos de ese despido (de tipo económico, organizativo, productivo o técnico) y también la motivación de las otras causas de despido objetivo individual o plural, como son la falta de adaptación a las modificaciones técnicas y los porcentajes sobre el absentismo.

No se debe olvidar que al cambio en la CAUSALIDAD de estos despidos (flexibilización de los motivos) se suma el menor coste frente a la improcedencia (33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores, hasta un máximo de 24 mensualidades, al igual que el despido improcedente) y también se aplica la supresión de los salarios de tramitación (salvo que el empresario opte por la readmisión o que los despedidos sean representante legal de los trabajadores o delegado sindical), todo ello con remisión a los efectos de la improcedencia del despido disciplinario.

Es importante que al remitirse a estos aspectos se subrayan en primer lugar los efectos de la declaración de procedencia del despido, que se consigue con la exigencia de acreditación empresarial de la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado uno de ese artículo (puesta a disposición de la indemnización, comunicación, etc.).

En caso contrario, se considerará IMPROCEDENTE si no se consigue acreditar la concurrencia de la causa en que se fundamenta la decisión extintiva o no se cumplen los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 52, al igual que en el art. 51 para los colectivos.

A. La causa ECONÓMICA del despido por causas objetivas

A “efectos lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de 90 días la extinción afecte (...) umbrales”.

Las causas económicas: *“se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de **pérdidas actuales o previstas**, con*

*la disminución persistente de su nivel de ingresos **ordinarios** o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”.*

La anterior regulación establecía la necesidad de acreditar la viabilidad para mantener el nivel de empleo y hacía referencia a la razonabilidad. Ahora incorpora pérdidas previstas, nivel de ventas y presunción de persistencia.

Para el sector público sirve con que se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se plantean problemas para aplicar tal regulación a la insuficiencia presupuestaria persistente (durante tres trimestres consecutivos) y ello porque los presupuestos en las administraciones públicas son anuales.

El enunciado de las causas **técnicas se formula del siguiente modo**: “*se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción*”. El de las causas organizativas es el siguiente: “*...cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción*” (la redacción del texto es muy genérica y abierta). Y finalmente el de las productivas es: “*...cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*”.

En todas las causas se ha suprimido la relación que trataba de garantizar que se acreditara que esas medidas iban a favorecer o a mejorar la situación de la empresa. Igualmente se suprime la exigencia de razonabilidad de la medida. Estos motivos son comunes a los despidos colectivos, a los individuales y a los plurales.

En la reforma se ha modificado la redacción dada a otros motivos de despido objetivo individual, cual es la supuesta “falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas (o tecnológicas)”.

El despido unilateral del empresario por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas requiere que los cambios introducidos sean **razonables** a la hora de medir la concurrencia de falta de adaptación del trabajador. Se establece que el empresario debe ofrecer un curso dirigido a facilitar la adaptación de esa modificación, mientras dure la formación el contrato está en suspenso y el trabajador tiene derecho a percibir el salario medio. El tiempo de formación es tiempo de trabajo. Después de dos meses de finalizado el curso o impuesta la adaptación técnica es cuando la extinción puede acordarse y comunicarse al trabajador.

El control legal y judicial se dirigirá a la idoneidad del curso y la relación del esfuerzo que solicita la empresa con la categoría profesional del trabajador (tiene importantes problemas de control o de objetividad la propia causa o motivo de despido).

Finalmente, ha sido muy comentado el motivo de despido por alcanzar unos determinados niveles de absentismo. Así, se regula como causa de extinción unilateral del empresario *“d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.*

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda”. También se han introducido las ausencias que obedezcan a **un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.**

Es importante la modificación de que las faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcanzasen el 5% de absentismo en la plantilla del centro de trabajo. Hoy se suprime esta exigencia, con lo que concurriendo el nivel de absentismo anterior en un determinado trabajador (o en varios) el despido estaría justificado.

Es obvio que se hace incidir la causa de absentismo sobre el trabajador, facilitando que concurra este supuesto, y facilita la salida de la plantilla a trabajadores que se ausenten, aun cuando sus ausencias se justifiquen y estén reguladas como justificadas.

B. Los cambios en el procedimiento de despido

La nueva regulación sobre el presente epígrafe tiene un calado muy profundo y complejo. En este comentario se tiene la única pretensión de apuntar algunos de sus efectos. Sirva subrayar tres de esos cambios en el despido colectivo como representativos de la transformación que han supuesto.

Así y en primer lugar, se SUPRIME el control de la autoridad laboral en los despidos colectivos. De este modo, la empresa plantea la propuesta de despidos a los representantes de los trabajadores (elegidos democrá-

ticamente), y si no los hubiere se nombrarían *ad hoc* para este proceso de despido. Esta elección va a plantear problemas de representación real y efectiva en pequeñas y medianas empresas. Son muchas las empresas en las que no existe representación legal de los trabajadores.

En segundo lugar, finalizado el periodo de consultas, la empresa puede disponer los despidos CON O SIN ACUERDO. Antes de la reforma, si la autoridad laboral entendía que no estaba motivado o justificado el despido, no autorizaba los mismos y no era posible este tipo de extinción.

En este momento, impuesto el despido, los representantes de los trabajadores, pueden impugnar el despido colectivo (ante los jueces y tribunales) y la extinción individual que conlleva el despido colectivo puede ser impugnada a su vez por el trabajador afectado.

En tercer lugar, este aparente cambio de ofrecer protagonismo a la representación de los trabajadores no solo no es tal, sino que produce una serie de dilaciones en la solución de los despidos y disparidad de criterios sobre los mismos.

Así, se ha producido un cambio fundamental en el CONTROL DE LA CAUSALIDAD (o motivación de estos despidos). Si es impugnado por los representantes de los trabajadores (no existiendo acuerdo con la empresa), el trabajador individual que reclame debe esperar a que finalice la IMPUGNACIÓN del despido colectivo. Posteriormente se revisará su despido (individual) producto del colectivo. La práctica está dando resultados muy negativos, con sentencias muy dispares y contradictorias respecto a estas revisiones (INSEGURIDAD JURÍDICA).

A ello hay que añadir que los despidos colectivos con ACUERDO de los representantes de los trabajadores pueden ser impugnados individualmente y las sentencias presentan pronunciamientos contradictorios (procedencia, improcedencia o pacto judicial distinto al colectivo), todo ello unido a la solución distinta para aquellos trabajadores que no han impugnado el despido (han aceptado el despido colectivo pactado).

A modo de conclusión, la práctica está mostrando que las revisiones de estos despidos se prolongan en el tiempo, presentando un grado de ineficacia muy importante en la revisión judicial.

C. La política legislativa y su motivación

En la exposición de motivos de la reforma se afirma que la nueva regulación se ciñe a delimitar las causas que justifican estos despidos, sin aludir

a otras referencias normativas que han introducido elementos importantes de incertidumbre. Se afirma que el cambio fue necesario por los problemas que presentan estos despidos para la prueba empresarial y para evitar la valoración finalista que realizaban los tribunales respecto a las causas y el empleo. Se trata de evitar, se dice, los “juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa” que fundamentan muchas resoluciones judiciales. Así, en ese preámbulo se afirma: “Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas del artículo 52”.

Tal afirmación, vertida por el legislador en la justificación de la reforma, se puede interpretar como una pretensión de control de la función jurisdiccional, de marginar la labor de los jueces y tribunales, al entender que fijados los hechos en la regulación (concurren las causas) y la solución judicial solo puede ser una. Llevado al extremo, es una intención que vulnera o puede vulnerar la función constitucional del poder judicial y su papel en el Estado de derecho, cual es la interpretación de la normativa o legislación al supuesto de hecho.

Por más que esa fuera la finalidad del legislador, los órganos judiciales no pueden perder competencia ni función respecto a aplicar las reglas generales de la valoración de la prueba (estas reglas no sufren cambio alguno). Así, la función de aplicar las normas supone valorar y determinar la RELACIÓN de CAUSALIDAD entre los hechos y las consecuencias jurídicas. Es lo que se denomina PRINCIPIO de PROPORCIONALIDAD de las MEDIDAS ADOPTADAS.

Así pues, la carga de la prueba en los despidos es y sigue siendo del empresario. Tal situación se recoge expresamente en la *ficta confesio* o en la decisión ajustada a Derecho cuando el empresario acredite la concurrencia de causa legal esgrimida, o en la decisión no ajustada a Derecho cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de causa legal indicada en la comunicación extintiva (los motivos y las extinciones con esos motivos que razonablemente se ven afectadas).

La interpretación de la función jurisdiccional de otro modo sería tanto como convertir al poder judicial en mero notario de la existencia de unos hechos (datos), sin que pudiera realizar la labor o función constitucional de proporcionalidad de la decisión al entrar en conflicto derechos, valores o intereses dignos de protección. La resolución judicial requiere que se incorpore el razonamiento (para valorar la decisión como ajustada o no a Derecho) mediante: 1) la finalidad de la medida adoptada; 2) la idoneidad de la medida (adecuación de la medida para conseguir la finalidad); y 3) la necesidad de la medida (no existencia de otras alternativas más mode-

radas o menos gravosas para conseguir la finalidad con igual eficacia) y, en suma, la proporcionalidad en sentido estricto (medida proporcionada, equilibrada y en relación con los beneficios o ventajas para el interés general, teniendo en cuenta los intereses o valores en conflicto).

La Constitución exige de la función jurisdiccional que deriva del poder judicial la motivación reforzada de las decisiones judiciales cuando afecten a derechos fundamentales o libertades públicas (derecho al trabajo, derecho a tutela judicial efectiva).

Importante en relación con esta idea es la introducción del artículo 51, que indica que la propuesta de despido debe ir acompañada de **toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo**. Esta exigencia es extensiva al despido objetivo (individual) en el sentido de acreditar mediante la documentación necesaria las causas que justifican o motivan el despido. En esa información-documentación la parte que debe probar que el despido es ajustado a derecho es la empresa y debe ACREDITAR LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA. No sirve con aportar documentación económica, sino que con esa documentación se justifique la NECESIDAD DE LA MEDIDA, y ello porque la medida adoptada es la privación del puesto de trabajo sin que exista incumplimiento contractual por el trabajador. Fuerza mayor impropia que requiere que la medida sea razonable, al igual que se exige para la FUERZA MAYOR PROPIA.

2. La seguridad jurídica del sistema de relaciones laborales

Las anteriores pinceladas sobre la reforma laboral en referencia a los contratos y al despido fue lo más subrayado en los medios de comunicación, o así fue al inicio de la reforma. Sin embargo, desde mi punto de vista, se ha introducido un cambio sustancial en el desarrollo de nuestro sistema democrático de relaciones laborales, que se dotó de contenido en la década de los años 80. Este cambio está referido al protagonismo del poder empresarial a través de la posibilidad de modificar de forma sustancial las condiciones de trabajo inicialmente establecidas, bien por contrato o bien por convenio colectivo.

El sistema democrático de relaciones laborales se caracterizó por el protagonismo en la determinación de las condiciones laborales de los representantes de los trabajadores. La reforma se caracteriza por la pérdida de ese protagonismo o mejor de las competencias, materias, etc. en las que participaban dichos representantes. Aquel modo de fijar las condiciones de trabajo otorgaba seguridad jurídica, uniformidad en las condiciones, igualdad material.

2.1. Mayores poderes empresariales

Se puede afirmar que la reforma laboral ha vuelto a encumbrar al poder unilateral del empresario como legitimado para alterar las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo a través de la negociación colectiva.

Se debe recordar que una parte muy importante del contenido de las relaciones laborales viene determinada por la confluencia o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (estos sustituyendo al derecho individual de llegar a un acuerdo contractual, como requisito de validez de los contratos). Este modo de regulación forma parte del sistema de fuentes o de regulación de las relaciones laborales. El poder de representación de los trabajadores nace y se desarrolla como equilibrio necesario entre las partes en el contrato, por la diferencia de posición negocial que las partes individualmente tienen. Tal fue y es así que para construir un sistema democrático, igualitario, respetuoso con las diferentes posiciones negociadoras de las condiciones laborales se constituye un poder de representación COLECTIVA de los trabajadores (sindicatos y otras formas de representación colectiva). Esa representación laboral (colectiva) nivela la fuerza negociadora o poder negocial que tiene la empresa frente al trabajador individual (y rompe con los contratos de adhesión prohibidos en nuestro ordenamiento).

La legitimación constitucional de este modelo está en el art. 7: *“Los sindicatos de trabajadores (...) contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”*, en el art. 28 (libertad sindical y derecho de huelga) y en el art. 37 (derecho a la negociación colectiva). Estos derechos y libertades son pilares del Estado social y de Derecho, como derechos fundamentales y como derechos laborales constitucionales.

Desde estos derechos se constituyen como sistema de fuentes (normativa) en nuestro modelo de relaciones laborales (art. 3 del ET) los convenios colectivos y como poder la negociación colectiva, de ahí que se lleguen a aplicar de forma prioritaria los convenios frente a la regulación legal (por ser norma más favorable).

Junto a ello se articulan los medios de control y de gestión de las condiciones laborales (en otros modelos, llegando a la cogestión empresarial de la mano de obra). Se trata de dotar de contenido a las relaciones laborales de forma paritaria, equilibradora de intereses, garantía de derechos.

Así, los poderes empresariales de dirección y de variación de las condiciones de trabajo tienen el límite de la arbitrariedad, y el poder de modificación sustancial (permanente) de las condiciones de trabajo necesita

el control y participación de los representantes de los trabajadores y está sujeto a causa o motivo de dicha alteración.

Es importante en este comentario subrayar que se establece un límite infranqueable para la empresa, cual es que lo pactado en convenio colectivo solo puede ser modificado por otro convenio, o sea, por un nuevo acuerdo colectivo entre las partes.

Pues bien, la reforma laboral permite la modificación sustancial del sistema retributivo, del salario (cuantía), de la jornada, de las funciones... en las que si no se logra un acuerdo con los representantes de los trabajadores, pueden ser impuestas por el empresario de forma unilateral. Se suprime el control de la autoridad laboral sobre estos cambios y la necesidad de llegar a acuerdos.

2.2. Menor capacidad de negociación de la representación de los trabajadores (pérdida de protagonismo de los sindicatos)

Se modifica la estructura de la negociación colectiva. En pocas palabras: aunque complejo su resumen, se permite que los convenios de empresa y los acuerdos de empresa se descuelguen de las condiciones laborales pactadas en convenios de ámbito superior (negociados por representación colectiva más fuerte: la sindical, con estructura y medios de presión).

Lo que tal situación permite es la dualidad de condiciones de trabajo, y las establecidas para la empresa o centro de trabajo serán condiciones a la baja o peores condiciones laborales (el descuelgue significa no aplicar lo regulado en el convenio superior y pactar unas condiciones inferiores o de peor calidad). El negociador del acuerdo de empresa que se descuelga habitualmente es un representante único (de trabajadores) que no tiene mecanismo de presión. Se produce en plantillas pequeñas en las que el control empresarial es máximo, así como la presión que esa parte puede ejercer.

El anverso de esta situación es que la empresa y el empresario ganan fuerza para imponer condiciones laborales a la baja respecto a empresas más grandes del sector o condiciones laborales de segundo orden por razón del tamaño de la empresa.

El resultado será y está siendo un sistema de relaciones laborales de primera y de segunda categoría. Da como resultado la pérdida de fuerza negociadora, incorpora dosis de desigualdad y abre la puerta a la imposición de condiciones laborales de forma unilateral y bajo presión empresarial.

También supone la deslegitimación de los sindicatos, al ver modificada la fuerza vinculante de su representación negocial, y contribuye a la división de los trabajadores (a través de las distintas condiciones laborales, aunque presten servicios en el mismo sector de actividad y con la misma categoría o funciones). En suma, sí afecta al modelo constitucional diseñado a través de los preceptos citados, que dio lugar a una negociación colectiva garantista.

El TC no mantiene esta misma opinión sobre la reforma que afecta a la estructura de la negociación colectiva y que incrementa el poder empresarial⁴⁴.

⁴⁴ En segundo lugar, el letrado del Parlamento de Navarra impugna el apartado uno del art. 14 de la Ley 3/2012, precepto que modifica el art. 82.3 LET, atribuyendo a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas la facultad de acordar la inaplicación ("descuelgue") de lo pactado por los representantes de los trabajadores y los empresarios en un convenio colectivo de los contemplados en el título III LET. A juicio del parlamento recurrente, tal previsión vulnera el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE), el ejercicio de la actividad sindical garantizado a través del reconocimiento constitucional de la libertad sindical (art. 28.1 CE), así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La posibilidad que contempla el art. 82.3 LET en la redacción dada por el art. 14.1 de la Ley 3/2012 de inaplicación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo constituye una excepción a la fuerza vinculante del convenio. Así lo configura expresamente el propio art. 82.3 LET, al establecer en su párrafo inicial la regla general de que los convenios colectivos regulados por la Ley I "obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia" y contempla, a continuación, la posibilidad de que las partes acuerden la inaplicación ("descuelgue") en la empresa de lo pactado en el convenio colectivo, en alguna de las materias que el precepto señala, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, previo desarrollo de un periodo de consultas al efecto.

La regulación contenida en el art. 82.3 LET constituye, pues, una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET. En su virtud es posible pretender tanto la inaplicación de un convenio de empresa como la de un convenio sectorial. La norma responde a una finalidad constitucionalmente legítima y pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (art. 40 CE).

Impugna, asimismo, el parlamento recurrente el apartado tres del art. 14 de la Ley 3/2012, que da nueva redacción al apartado 2 del art. 84 LET. Entiende que esta regulación vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios del art. 37.1 CE, así como la libertad sindical (art. 28.1 CE), en la medida en que el precepto impugnado establece, en primer lugar, la aplicación prioritaria de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en una serie de materias; en segundo lugar, que los convenios de empresa podrán ser negociados en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito superior; y en tercer lugar, que los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales, a los que se refiere el art. 83.2 LET, no podrán disponer de esta prioridad aplicativa de los convenios de empresa. El Abogado del Estado niega que la regulación impugnada infrinja los arts. 37.1 y 28.1 CE, conforme a los razonamientos que han quedado resumidos en los antecedentes de esta sentencia.

Como conclusión de todo lo razonado, debemos afirmar que, siendo incuestionable que la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes, la modificación introducida por el art. 14.3 de la Ley 3/2012 en el art. 84.2 LET, tanto

A modo de resumen, el legislador de los años 2012, 2013 y 2014 afirma que el sistema de relaciones laborales es rígido y que esa rigidez ahonda en los problemas económicos y de empleo en la crisis.

Se dice que hay que dotar de flexiseguridad al sistema y tales argumentaciones están abriendo la puerta a un mercado laboral a la baja en las condiciones laborales en el entrada en el mercado de trabajo con contratos precarios (los incentivados como formación, en prácticas, a tiempo parcial), con contratos que se pueden poner fin sin causa y con extinciones causales (¿flexibles?) y de menor coste. El menor coste de la extinción causal se extiende a la resolución sin causa (improcedencia para la que se ha reducido la indemnización). En definitiva, se pretende e impone el abaratamiento del despido (¿qué tiene que ver con la flexibilidad de las condiciones de trabajo?).

En segundo lugar, para las relaciones laborales existentes o las que vendrán, se articula la posibilidad de que sus condiciones laborales se fijen y cambien ante la motivación o interés empresarial, y tal situación se desprovee del control de los representantes. Se minimiza la función de defensa de los intereses de los trabajadores y se afirma que no afecta al sistema constitucional de relaciones laborales.

Es una reforma que por vía directa e indirecta ha afectado y está afectando a la función negociadora y equilibradora de intereses de las partes (afecta al Estado de derecho con el cambio de reglas). En concreto, el interés laboral pasa a un tercer plano y se diluye en pro del interés empresarial.

La falta de equilibrio en la relación y la falta de mecanismos de control sí afectan al sistema democrático de relaciones laborales y, cómo no, a los pilares básicos de la CE, que dotó de papel equilibrador del sistema a los sindicatos (para el plano laboral) y a la negociación colectiva como instrumento de igualdad material.

.....

en lo relativo a la posibilidad de negociación de convenios de empresa dotados de prioridad aplicativa en cualquier momento de la vigencia de un convenio sectorial de ámbito superior, como en lo referido a la prohibición a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales de disponer de tal prioridad aplicativa, no vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), ni tampoco la libertad sindical (art. 28.1 CE).

EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA EN ESPAÑA. CRISIS RESIDENCIAL: ORIGEN, CONSECUENCIAS Y RESPUESTA DE LOS PODERES PÚBLICOS

PILAR GARRIDO

UPV-EHUko Konstituzio Zuzenbideko irakaslea /
Profesora de Derecho Constitucional de la UPV-EHU

1. Introducción

1.1. Algunas notas sobre el modelo urbano y residencial en España

Las ciudades han sido el escenario donde se han ido plasmando las relaciones económicas, políticas y sociales propias de cada contexto histórico. Los cambios en las formas de producción o el desarrollo de las nuevas tecnologías han afectado a la organización espacial de las ciudades del siglo XXI.

En España, las ciudades también han sufrido transformaciones importantes, consecuencia de los cambios económicos (proceso de desmantelamiento industrial, aumento de las actividades del sector servicio...), demográficos (diversificación de hogares, más emigración) y sociales (aumento de la diferencia por edad, mayores diferencias por patrimonio...)⁴⁵.

El impacto sobre el territorio de nuestro modelo urbano de desarrollo ha sido enorme. Las ciudades han dejado de ser espacios de convivencia para convertirse en un conjunto de centros de negocios, barrios especializados y zonas marginales⁴⁶.

Este resultado no es casual, sino que es el producto de las actuaciones de los poderes públicos en el ámbito del desarrollo urbano y la vivienda. Estas decisiones se concretan en la aprobación de un marco normativo determinado, que en España hay que reconducir principalmente a la legislación urbanística y a las políticas de vivienda.

En el ámbito urbanístico, la asunción por los poderes públicos de los intereses privados de carácter especulativo de los propietarios ha sido uno de los elementos determinantes de nuestro modelo urbano. Este se fundamenta en la atribución al titular del suelo de las plusvalías que genera el planeamiento urbanístico⁴⁷. En lo que respecta al modelo residencial, a partir de los años 60 se impone desde los poderes públicos el modelo basado en el acceso a la vivienda en propiedad⁴⁸.

⁴⁵ Ver LEAL, J.: "La formación de las necesidades de vivienda en la España actual" en *La política de vivienda en España*, J. Leal (coord.), Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2010.

⁴⁶ BORJA, J.: "¿Un cambio de ciclo o un cambio de época? Siete líneas para la reflexión y la acción", en *Rev. Urban*, Ed. UPM, marzo, 2011, pp. 83-90.

⁴⁷ Ver, sobre el modelo urbanístico español, TEJEDOR, J.: *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, La Ley, Madrid, 2012; NAREDO, J.M. y MONTIEL, A.: *El modelo inmobiliario español y su culminación en el caso valenciano*, Icaria editorial, Barcelona, 2010.

⁴⁸ Ver, sobre las características del modelo de producción residencial en España, el informe de Cáritas "La vivienda en España en el siglo XXI. Diagnóstico del modelo residencial y propuestas para otra política de vivienda", *Colección estudios*, Foessa, 2013.

La provisión de vivienda no responde a las necesidades sociales, sino a las necesidades de expansión continua e intensiva que requiere el propio sistema capitalista de acumulación⁴⁹.

Podemos afirmar, por el resultado obtenido en los últimos 30 años en relación con la configuración de nuestras ciudades, que la aprobación de la Constitución Española (CE) en 1978 no incide de manera eficaz sobre nuestro modelo de desarrollo urbano. No es la Constitución, no son los principios y derechos allí recogidos los que impulsan un cambio de orientación en los poderes públicos en relación con el modelo propietario, sino que el viraje de sus políticas responde al agotamiento y fracaso del modelo desarrollista.

1.2. Vivienda, mercado y poderes públicos

La vivienda es un bien que cumple una función social básica: servir de alojamiento, pero, a la vez, es un bien patrimonial, una mercancía, un bien inversión con un valor condicionado por las dinámicas propias del libre mercado.

Esta doble dimensión de la vivienda sitúa a los poderes públicos ante una opción de gran calado. De este modo, las actuaciones públicas sobre el ámbito de la vivienda pueden plantearse desde dos perspectivas: desde una perspectiva social, que entiende la vivienda como un bien directamente relacionado con una necesidad básica: la de habitar, y que es el objeto de un derecho social fundamental; o desde una perspectiva económica, donde la vivienda es un bien económico, una mercancía, un activo.

Las condiciones materiales del disfrute de una vivienda presentes en el mercado inmobiliario español son el resultado de la segunda de las perspectivas citadas.

En este sentido, es muy ilustrativo analizar la forma en la que se han ido configurando tres de los elementos fundamentales que condicionan el acceso a una vivienda: la situación de la prestación de vivienda en nuestro Estado del bienestar, las condiciones del mercado financiero y la estructura del régimen de tenencia.

- *La debilidad de la vivienda en nuestro Estado del bienestar.* El acceso a la vivienda no forma parte de los contenidos amparados bajo el paraguas del Estado del bienestar. En España, la financiación de la prestación de vivienda está lejos de los niveles que alcanza en los

⁴⁹ ROCH, F.: "Morfología, deterioro urbano y precio de la vivienda en Madrid" en *Ciudades: Revista del Instituto Universitario de Urbanística de la Universidad de Valladolid*, nº 12, 2009.

Estados europeos⁵⁰. No se crea un servicio público de provisión de vivienda asequible.

- *La falta de control sobre la financiación del mercado de vivienda.* En el contexto de globalización y financiarización de la economía, la ausencia de un control público del mercado vivienda permite que sea en exclusiva este libre mercado el que establezca las condiciones de acceso a este bien.
- *La opción de los poderes públicos por la propiedad como fórmula de acceso a la vivienda.* La decisión de que es el mercado el responsable de proporcionar vivienda a todos los demandantes de alojamiento se ha visto acompañada por el criterio de que la propiedad de la vivienda es la mejor opción para todos⁵¹.

Esta actuación de los poderes públicos respecto al mercado residencial afectará de manera grave a los derechos ciudadanos, principalmente al derecho a una vivienda digna.

2. El derecho constitucional a la vivienda

2.1. El derecho constitucional a la vivienda en Italia y Francia

Las particularidades de la propiedad inmobiliaria y su fuerte vinculación con el mercado se manifiestan en los ordenamientos de algunos Estados europeos en la dificultad de catalogar el derecho a la vivienda como un verdadero derecho y, asimismo, en su debilidad frente a otros derechos de carácter económico, como el derecho de propiedad.

El ordenamiento constitucional italiano se coloca entre aquellos sistemas en los cuales la plena subjetivización del derecho a la vivienda ha encontrado una insuperable dificultad de orden sistemático, en gran parte coincidente con la tensión que introduce el contenido mínimo de la constitución económica que caracteriza la estructura constitucional de la sociedad postindustrial. De este modo, el derecho a la vivienda no sería un derecho,

⁵⁰ NAVARRO LÓPEZ, V. y REYNOLDS, J.: "La inversión en protección social en España en el contexto de la Unión Europea. El reto del déficit social" en *la Situación Social en España III*, Fundación Francisco Largo Caballero, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2009, pp. 32-33.

⁵¹ TRILLA BELLART, C.: "Una reflexión sobre el modelo español de política de vivienda" en *La política de vivienda en España*, J. LEAL MALDONADO (coord.), Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2010, pp. 129 y ss.; PAREJA-EASTAWAY, M.: "El régimen de tenencia de la vivienda en España", en *La Política de vivienda en España*, J. LEAL MALDONADO (coord.), Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2010, pp. 101 y ss.

sino un interés de relevancia constitucional, que indica la necesidad de satisfacer una necesidad primaria que el legislador debe realizar en el límite de lo posible⁵².

La corte constitucional no admite un derecho social fundamental a la vivienda oponible por los particulares y afirma que la tutela de este derecho está sujeta a la discrecionalidad del legislador (Sentencia 310/1989). Se entiende este derecho como un derecho instrumental o concurrente respecto a otras situaciones subjetivas de necesidad y lo reduce a un elemento integrante de la garantía de unas condiciones mínimas para una vida digna. El legislador está obligado a tutelar las necesidades primarias donde no es posible alcanzar el estándar mínimo de vida para una categoría de sujetos sin que se dé una intervención pública (Sentencia 169/1994). Esta interpretación del artículo 47.2 CI parte de la insuficiencia de dicho precepto para garantizar un derecho a la vivienda autónomo. Asimismo, la corte puntualiza que este derecho social se realizará en proporción a los recursos de la colectividad y solo el legislador, según la efectiva disponibilidad, puede racionalmente destinar los medios y construir puntuales situaciones justiciables expresivas de este derecho fundamental (Sentencia 252/1989)⁵³.

En Francia, el derecho a la vivienda no ha sido catalogado desde el punto de vista constitucional como un derecho de primer orden, sino como un objetivo, una finalidad para la cual los poderes públicos pueden establecer distintos instrumentos de intervención, relacionados principalmente con la promoción de viviendas públicas o con la regulación del mercado privado de vivienda. Asimismo, la relación del derecho a la vivienda con otros derechos como el derecho de propiedad, declarados expresamente como derechos fundamentales, sitúa a este último derecho en una posición de prevalencia frente al derecho a la vivienda.

El acceso a una vivienda decente se cataloga como un objetivo de valor constitucional y no como una norma constitucional de pleno valor, lo que significa que el derecho a la vivienda cede fácilmente ante la invocación de un interés general o de un verdadero derecho fundamental, como sucede

⁵² Ver FERRARI, G.F.: "La tutela dell'aspettativa all'abitazione nel costituzionalismo contemporaneo" en *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, Vol I (Aspetti costituzionali ed amministrative), Giuffrè editore, Milán, 1986; MODUGNO, F.: *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, G. Giappinelli Editore, Turín, 1995.

⁵³ FERRARI, G.F.: "Diritto alla casa e interesse nazionale", en *Giurisprudenza costituzionale*, T. I, 1988, pp. 843 y ss; PACE, A.: "Il convivente more uxorio, il separato in casa ed diritto fondamentale all'abitazione", en *Giurisprudenza costituzionale*, T. I, 1988, pp. 1.801 y ss.; MODUGNO, F.: *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, G. Giappinelli Editore, Turín, 1995, p. 63.

cuando se confronta con el derecho de propiedad⁵⁴.

En definitiva, no hay un derecho fundamental a la vivienda protegido por un principio de valor constitucional, como en el caso de la propiedad, sino simplemente un objetivo de valor constitucional que asigna a los poderes públicos un mandato dirigido a posibilitar que todas las personas puedan disponer de una vivienda decente⁵⁵.

2.2. El derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978

En España, el derecho a la vivienda se regula en el artículo 47 CE⁵⁶, en el capítulo III del título I de la CE, bajo el epígrafe de "De los principios rectores de la política social y económica". Este capítulo contiene derechos junto a principios orientadores y mandatos al legislador.

Estos derechos se articulan como principios y se concretan en mandatos de optimización, en cuanto que deben ser realizados dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes⁵⁷. El resultado final dependerá de la ponderación de principios, lo que en ningún caso puede ser confundido con su ineficacia.

⁵⁴ Ver, ZITOUNI, F.: «Le droit au logement des personnes défavorisées, nouveau droit social?», en *Logement et habitat: l'état des savoirs*, M. SEGAUD, C. BONVALET, J. BRUN (dir.) la Découverte, París, 1998; GUISELIN, E.: «L'accès à un logement décent et le droit de propriété: ni vainqueur, vaincu», en *Les petites affiches*, 2000 (51).

⁵⁵ En el año 2007 se aprueba la Ley nº 2007-290 de 5 de marzo, sobre el derecho a la vivienda exigible (DALO), que hace de este derecho un derecho exigible ante los poderes públicos responsables por quienes cumplan las condiciones establecidas por dicha norma. Ver una crítica a esta ley en BROUANT, J.P.: Un droit logement... variablement opposable", en *AJDA*, nº 10, marzo, 2008.

⁵⁶ Sobre el art. 47 CE tenemos, entre otros, BASSOLS COMA, M.: "Derecho a la vivienda: artículo 47", en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), T. IV, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1996; PISARELLO PRADOS, G.: "El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales", en *Revista catalana de dret public*, nº 38, 2009; RUIZ-RICO RUIZ, G.: "Una aproximación básica al derecho constitucional a la vivienda", en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. 2, Ed. Cortes Generales, Madrid, 2009, pp. 1.410 y ss.; MUÑOZ CASTILLO, J.M.: *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Ed. Colex, Madrid, 2000; PONCE SOLÉ, J y SIBINA, D.: "El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo", Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 49 y ss.; JIMÉNEZ BLANCO, A.: "El derecho a una vivienda digna y adecuada", en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 1.711-1.726; GARRIDO GUTIÉRREZ, P.: "El derecho a una vivienda digna y adecuada", en *Los principios rectores de la política social y económica*, J. TAJADURA TEJADA (dir.), Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, pp. 369 y ss.

⁵⁷ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 y ss.

En consecuencia, el primer paso es interpretar el derecho a la vivienda a la luz del resto de derechos e intereses presentes en la Constitución.

La Constitución Española recoge una serie de preceptos que nos permiten concretar el contenido objetivo del derecho a la vivienda, entre los que podemos citar, además del propio artículo 47, el artículo 45 (derecho a un medio ambiente adecuado) y el artículo 46 (protección del patrimonio histórico), junto a los mandatos deducibles de los arts. 1.1 y 9.2 CE. Asimismo, en el texto nos encontramos con otros contenidos de carácter económico que se visualizan como límites del derecho a la vivienda, principalmente el derecho de propiedad recogido en el artículo 33 CE y el de iniciativa privada recogido en el artículo 38 CE⁵⁸.

Podríamos decir que la balanza entre los intereses y derechos constitucionales citados se ha inclinado claramente hacia la defensa de los derechos económicos, eludiendo el ejercicio de una ponderación de principios que responda al proyecto constitucional asumido en la fórmula de Estado social y democrático de Derecho⁵⁹. Por esta razón, el derecho a la vivienda ha sido un derecho inexistente para los ciudadanos españoles.

3. De la ineficacia del derecho constitucional a la vivienda recogido en el art. 47 CE a su vulneración. Especial referencia a los desahucios

De lo expuesto en el apartado anterior podemos concluir que el derecho constitucional a una vivienda digna recogido en el artículo 47 CE ha sido, a lo largo de todo el periodo constitucional, un derecho carente de eficacia. No existía un entramado institucional, esto es, un servicio público de vivienda que posibilitara el disfrute por los ciudadanos de una vivienda digna y asequible; era el mercado el que proporcionaba el acceso a este bien a través de la propiedad, fijando libremente las condiciones.

En los últimos años esta situación se ha agravado. Se ha pasado de la ineficacia del derecho constitucional a una vivienda digna a la vulneración por parte del Estado de dicho derecho. Si antes los poderes públicos no garantizaban el disfrute de una vivienda, ahora el Estado está permitiendo, amparado por la normativa vigente, el desahucio de muchas familias en unas condiciones bastante discutibles desde los parámetros que nos brindan los tratados internacionales y la propia Constitución.

⁵⁸ PISARELLO PRADOS, G.: "El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales", en *Revista catalana de dret públic*, nº 38, 2009, p. 47.

⁵⁹ Ver BALAGUER CALLEJÓN, F.: "El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social", en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, J.L. MONEREO, C. MOLINA, M.N. MORENO (dirs.), Ed. Comares, Granada, 2002.

Si bien ambas situaciones afectan a la eficacia del derecho a la vivienda, la segunda de ellas resulta especialmente grave.

3.1. El final del modelo propietario y sus consecuencias. La respuesta social y política ante las consecuencias de la crisis de este modelo

En España, en el año 2007, estalla la burbuja inmobiliaria y el país se adentra en una gran crisis económica y financiera. El modelo residencial de acceso a la propiedad de la vivienda, que iba acompañado de un alto índice de endeudamiento familiar y unas condiciones hipotecarias nada favorables para el deudor, empieza a tener consecuencias nefastas para los ciudadanos que sufren el efecto de la crisis; muchas familias no pueden seguir pagando el crédito hipotecario que suscribieron para la compra de su vivienda. Este escenario se acompaña de una legislación hipotecaria que perjudica claramente a la parte más débil⁶⁰. El resultado de la combinación de falta de recursos económicos y legislación hipotecaria es en muchos casos el desahucio, es decir, la pérdida de la casa, con el añadido de que, en algunas ocasiones, el valor de la casa no es suficiente para hacer frente al crédito hipotecario y la persona desahuciada sigue siendo deudora del banco.

Ante la trascendencia de los hechos que se suceden, desde diferentes ámbitos sociales y políticos se exigen cambios normativos de calado. Por ejemplo, se pide que los deudores de buena fe, en el caso de tratarse de vivienda habitual, puedan liquidar totalmente la deuda hipotecaria con la entrega de la vivienda, es decir, aceptar la dación en pago de la vivienda al acreedor; también se buscan soluciones para que las personas desahuciadas permanezcan en su vivienda o se les ofrezca una alternativa real de alojamiento⁶¹.

Asimismo, la justicia española intenta encontrar caminos para no dejar desprotegidos a los ciudadanos que se enfrentan a procesos de embargo y desahucio. Tras varias sentencias pioneras en el Estado español que aceptaron la dación en pago⁶², la Sentencia del Tribunal de Justicia de la

⁶⁰ Ver una crítica a los aspectos más controvertidos de las operaciones hipotecarias en NASA-RRE AZNAR, S.: "La insuficiencia de la normativa actual...", op. cit., pp. 126 y ss.

⁶¹ Se puede destacar la labor que está realizando la Plataforma de Afectados por la Hipoteca <http://www.afectadosporlahipoteca.com/>.

⁶² Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Girona ha avalado la entrega de la vivienda como fórmula para saldar la hipoteca, al considerar que la actuación del banco de subastar la casa embargada y seguir cobrando el préstamo supone un "abuso de derecho" y un comportamiento "antisocial", según el auto dictado el pasado 6 de septiembre de 2011. El tribunal concluye que la entidad financiera "incurre en un abuso de derecho" y que su reclamación comporta un "ejercicio antisocial", ya que está obteniendo un "enriquecimiento injusto" porque "después de haber cobrado lo adecuado, podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían". El auto añade que la entidad financiera "sí que ve satisfecho su crédito con el producto de la subasta que, en el caso concreto, es el derivado de ingresar en su patrimonio un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada".

Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, permite una mejor protección de las personas afectadas por esta problemática. En esta sentencia, en relación con el procedimiento de ejecución, se obliga a modificar la legislación española para que el juez pueda conocer de oficio la existencia de cláusulas abusivas y si es necesario pueda suspender dicho proceso.

También el Defensor del Pueblo⁶³ se pronuncia y aprueba un informe⁶⁴ donde se hace eco de la grave situación que se está viviendo y pone el acento en la necesidad de proteger el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos.

Respecto a las medidas legales aprobadas por el Gobierno⁶⁵, se han ido sucediendo distintas normas⁶⁶, todas ellas de efectos muy limitados, que finalmente han confluído en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁶⁷. Esta norma prevé, entre otras medidas, la suspensión por un plazo de dos años de los desahucios de familias que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad. Estas personas deben pertenecer a determinados colectivos y cumplir ciertos requisitos económicos. Como sucede con la normativa anterior, el limitado alcance de las propuestas de intervención y su aplicación restringida a ciertos ciu-

⁶³ También el Ararteko en el País Vasco y el Defensor del Pueblo Andaluz abogan por la aceptación de la dación en pago.

⁶⁴ Informe monográfico *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo* (25-01-2012).

⁶⁵ Entre las medidas aprobadas por las comunidades autónomas, se debe destacar el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril de 2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda aprobado en Andalucía. Esta norma regula la intervención sobre las viviendas desocupadas. Especialmente incisivas son las medidas a aplicar cuando los propietarios de las viviendas son personas jurídicas, regulándose sanciones económicas y la posibilidad de expropiar el uso de los inmuebles desocupados para destinarlos a alquiler social.

⁶⁶ En los dos últimos años se aprueban diferentes normas que tratan de minimizar el impacto de la crisis sobre las personas que no pueden pagar su hipoteca. Podemos decir que en ningún caso estas normas consiguen su objetivo, ya que se trata de cambios normativos de poco calado o de recomendaciones que no vinculan a las entidades financieras. Podemos citar el Real Decreto 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios; el Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios que aprueba un Código de Buenas Prácticas; o el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios.

⁶⁷ Esta norma tiene su origen en una iniciativa legislativa popular, ampliamente apoyada, que dio lugar a una proposición de ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social (corresponde al número de expediente 120/000019/0000 de la IX Legislatura). Finalmente, la ley aprobada poco tiene que ver con el contenido propuesto en la ILP.

dadanos deja desamparadas a la mayoría de las personas amenazadas con procesos de embargo y desahucio⁶⁸.

Estos cambios normativos no dejan de ser cambios puntuales y temporales, que no resuelven el problema de fondo, que requiere una nueva ponderación entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda.

En definitiva, la aplicación de efectos jurídicos concretos derivados de la constitucionalización del derecho a la vivienda es todavía hoy una tarea pendiente.

3.2. Los desahucios a la luz de los tratados internacionales y del derecho constitucional a la vivienda de la CE

En este apartado trataremos de mostrar someramente algunas vías de estudio que pueden posibilitar una mejor protección del derecho constitucional a una vivienda en relación con los procesos de desahucio.

No cabe duda de que el mantenimiento de los moradores en su vivienda es un elemento fundamental del derecho a la vivienda⁶⁹. La seguridad en el disfrute de la vivienda es un parámetro básico para poder hablar de la vigencia de este derecho y así se desprende del propio artículo 47 CE. El tenor literal de este precepto recoge “*el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna*”; la protección del disfrute de este bien incluye no solo el acceso, sino también el mantenimiento en la casa en unas condiciones determinadas que permitan la creación de un hogar adecuado para el desarrollo personal y familiar de sus moradores.

Por lo tanto, la pérdida de la vivienda por el desalojo o desahucio es una situación excepcional que solo es compatible con el derecho a la vivienda bajo el cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones.

Con el objetivo de establecer cuáles son esas garantías o cuándo el desahucio no es compatible con el derecho constitucional a la vivienda, vamos a recurrir a los tratados y convenios internacionales que regulan esta materia. La interpretación del contenido del derecho a la vivienda en los tratados internacionales es un instrumento esencial para establecer de

⁶⁸ Ver el informe de la Sección de Estadística del CGPJ. Los datos aportados indican que en 2013 se practicaron 67.189 lanzamientos, de los que el 38,4% derivó de ejecuciones hipotecarias, el 56,8% de la Ley de Arrendamientos Urbanos y el 4,8% de otras causas.

⁶⁹ La jurisprudencia constitucional tanto en Portugal [acuerdos 649/1999, 420/2000] como en Alemania [Sentencia de 22 de junio de 1995] ha protegido en determinadas situaciones a los moradores de la vivienda. Ver LÓPEZ RAMÓN, F.: “Sobre el derecho subjetivo a la vivienda”, en *Construyendo el derecho a la vivienda*, Ed. Marcial Pons, 2010, pp. 16 y ss.

una manera más precisa el significado básico del derecho, tal como prevé el art. 10.2 CE⁷⁰. A partir de esta información, trataremos de establecer las condiciones que todo proceso de desahucio debe cumplir y las obligaciones que se derivarían para los poderes públicos.

3.2.1. Los procesos de desahucios desde la perspectiva de los tratados internacionales. La exigencia de unos requisitos mínimos

La regulación del derecho a la vivienda en el ámbito internacional se recoge en diferentes documentos, pero nosotros, para el objetivo que nos ocupa, esto es, la relación entre derecho a la vivienda y desahucio, nos vamos a referir principalmente al Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y, en el ámbito europeo, a la Carta Social Europea revisada y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁷¹.

Uno de los temas que específicamente preocupa a las Naciones Unidas en relación con el derecho a la vivienda⁷² es el de los desalojos forzados. Por ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dedica la Observación General nº 7 a esta cuestión, bajo el título "El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzados"⁷³. Aquí se define el término "desalojos forzados" como "el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan, de forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos". La Observación

⁷⁰ Ver SAIZ ARNAIZ, A.: La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. AGUDO ZAMORA, J.M.: "La interpretación de los derechos y libertades constitucionales a través de los Tratados Internacionales: La técnica del artículo 10.2", en *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, J.J. GONZÁLEZ RUS (coord.), Universidad de Córdoba, 1996, pp. 33-42.

⁷¹ Ver JIMENA QUESADA, L.: "La jurisprudencia europea sobre derechos sociales", en A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi y E. Ferrer MacGregor (coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011; PISARELLO, G.: "El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas", en *Chapecó*, vol. 14, nº 3, edición especial, 2013, pp. 142 y ss.

⁷² Según el convenio, los Estados partes reconocen: "el derecho de todas las personas a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y una mejora continua de las condiciones de existencia" (art. 11). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de la concreción de los contenidos del PIDESC, ha ido acumulando una extensa información sobre este derecho desde su creación en 1987. Concretamente, en 1991, este comité aprobó la Observación General 4, sobre el derecho a una vivienda adecuada, Doc. E/1991/123 de las NN. UU. Ver, entre otros: KENNA, P.: *Los derechos a la vivienda y los derechos humanos*, Ed. Prohabitatge, Barcelona, 2006.

⁷³ Doc. E/1998/22 de las NN. UU.

General nº 7 afirma que los desalojos forzados solo pueden justificarse en circunstancias excepcionales⁷⁴ y cumpliendo siempre las normas internacionales de derechos humanos.

El comité DESC destaca que el desarrollo de un proceso con las debidas garantías es un aspecto esencial en relación con la ejecución de los desalojos⁷⁵ y esto guarda una relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos.

Asimismo, se establece que cuando las personas desalojadas no dispongan de recursos económicos suficientes, el Estado les debe proporcionar otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según el caso. Concretamente, el comité subraya que *“los desalojos no pueden resultar en la constitución de individuos sin vivienda o vulnerables a la violación de otros derechos humanos”*.

En Europa existen otros organismos que están realizando aportaciones muy importantes sobre esta materia. En el ámbito del Consejo de Europa, el Comité Europeo por los Derechos Sociales (CEDS) encargado de supervisar el cumplimiento de la Carta Social Europea revisada de 1996⁷⁶ ha desarrollado una interesante “jurisprudencia” en torno al derecho a la vivienda consagrado en su artículo 31, en relación principalmente con la protección social, jurídica y económica de la familia (art. 16) y la protección contra la pobreza y exclusión social (art. 30)⁷⁷.

El CEDS, a partir del texto de la Carta Social Europea Revisada y de los distintos casos resueltos a través del procedimiento de reclamaciones

⁷⁴ Se consideran circunstancias excepcionales: las declaraciones, los ataques o los tratos racistas o discriminatorios de un arrendatario o residente a otro; la destrucción injustificable de bienes de alquiler; la persistente morosidad en el pago del alquiler, siempre que se haya demostrado la capacidad de pago del arrendatario y que no medie el incumplimiento de los deberes del propietario en cuanto a la habitabilidad de la vivienda; una persistente conducta antisocial que amenaza la sanidad o la seguridad públicas; una conducta claramente delictiva, tipificada por la Ley, que amenaza los derechos ajenos; la ocupación ilícita de una propiedad que está habitada en el momento de la ocupación; y la ocupación de tierras o viviendas por una potencia ocupante.

⁷⁵ Entre estas garantías figuran: disponer de un plazo suficiente y razonable de notificación por las personas afectadas antes del desalojo, ofrecer recursos jurídicos apropiados, disponer de una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas, garantizar asistencia jurídica a las personas que necesiten pedir reparación ante los tribunales y no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche.

⁷⁶ España no ha ratificado la versión revisada de la carta, pero entendemos que la jurisprudencia que el CEDS ha producido en relación con el derecho a la vivienda recogido en el art. 31 es de gran utilidad para la interpretación del art. 47 CE.

⁷⁷ GUIGLIA, G.: “El derecho a la vivienda en la Carta Social Europea: A propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, nº 82, 2011, pp. 543 y ss.

colectivas y de los informes estatales, ha concretado una serie de obligaciones públicas en materia de vivienda⁷⁸.

En relación con el tema que nos ocupa, la pérdida de la vivienda, el desahucio, el art. 30.2 de la carta recoge la obligación de prestar especial atención a los grupos más vulnerables, esto es, a las personas sin hogar (art 30.2). El CEDS considera que una persona sin techo es cualquier individuo que carece jurídicamente de una vivienda o de algún otro recurso habitacional adecuado. Para evitar la existencia de personas sin hogar es preciso adoptar medidas reactivas, pero también preventivas, que incluyen tanto la provisión de vivienda como medidas destinadas a evitar la pérdida de vivienda.

Cuando se produzca la expulsión de alguien de su casa, esta se realizará respetando siempre la dignidad de las personas desahuciadas. En este sentido, el CEDS apunta algunas de las condiciones que se deben cumplir, por ejemplo, la Ley debe prohibir la expulsión de noche o en invierno y regular la obligación de las autoridades de realojar o ayudar económicamente a las personas que no dispongan de recursos⁷⁹.

Por último, tenemos que referirnos, también en el ámbito europeo, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁸⁰. De la jurisprudencia del tribunal podemos extraer algunas condiciones que deben respetar los poderes públicos en los procesos de desahucio; entre ellas, destacamos la asunción de esta práctica como una situación sumamente grave, que supone una extrema injerencia en el derecho a la vida privada y familiar y que, por lo tanto, solo se justifica si existe una situación de im-

⁷⁸ Ver Digest de jurisprudence du Comité Européen des Droits Sociaux. Consejo de Europa, Septiembre, 2008, pp. 163 y ss. Incluye la interpretación de los preceptos de la Carta y extractos de las decisiones del CEDS.

⁷⁹ La protection juridique des personnes visées par une menace d'expulsion doit notamment comporter une obligation de concertation avec les intéressés dont les objectifs sont les suivants: recherche de solutions alternatives à l'éviction, fixation d'un délai de préavis raisonnable avant la date de l'expulsion. Quand l'expulsion doit survenir, elle doit être exécutée dans des conditions respectant la dignité des personnes concernées. La loi doit interdire de procéder à l'expulsion de nuit ou l'hiver. Lorsque l'intérêt général justifie l'expulsion, les autorités doivent faire en sorte de reloger ou d'aider financièrement les personnes concernées. CEDR c. Bulgarie, Réclamation n° 31/2005, Décision sur le bien-fondé du 18 octobre 2006.

⁸⁰ Este Tribunal ha protegido derechos habitacionales, a pesar de que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) no contempla de manera explícita el derecho a la vivienda ni, en general, derechos sociales. Así, los derechos habitacionales aparecen reflejados en la jurisprudencia del TEDH por su conexión con otros derechos civiles clásicos, como el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 3); al debido proceso (art. 6); a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia (art. 8) o al respeto a los propios bienes y a la propiedad, así como a las condiciones que autorizan su limitación (art. 1 del Protocolo I). El TEDH relaciona los desalojos con la vulneración de los preceptos citados.

periosa necesidad. Si finalmente se efectúa el desalojo, las Administraciones públicas deberán garantizar el realojo adecuado de las familias desalojadas⁸¹.

3.2.2. Obligaciones ciertas para los poderes públicos en relación con los desahucios

De la información expuesta más arriba podemos extraer algunos contenidos que, primero, vincularemos con el significado del derecho constitucional a una vivienda y, segundo, con las actuaciones (obligaciones) de los poderes públicos en relación con ese derecho.

De la normativa internacional citada podemos extraer algunos contenidos que nos conducen a afirmar que solo los procesos de desahucio que cumplan ciertas condiciones respetan nuestro marco constitucional, es decir, no vulneran, entre otros, el artículo 47 CE, que acoge, como ya hemos apuntado, la seguridad en el disfrute de la vivienda como un elemento nuclear.

Entre estos contenidos destacamos tres elementos básicos que nos dan la pauta para poder aceptar los desahucios como acordes a nuestro marco constitucional. Estos son:

1. Los procesos de desahucio son una medida excepcional, esto significa que son la última de las opciones, es decir, será necesario justificar que no existía ninguna alternativa válida posible. Además, debe ser una medida razonable y proporcional.
2. Si el desahucio se lleva a cabo, debe de realizarse con garantías procesales suficientes que garanticen la máxima protección del desahuciado durante todo el proceso.
3. Si la familia desahuciada carece de recursos económicos suficientes para acceder a una vivienda digna, la Administración pública deberá realojar de manera inmediata a esa familia en un alojamiento adecuado.

En cuanto a las obligaciones de los poderes públicos en relación con los derechos sociales, como el derecho a la vivienda, podemos afirmar que estos derechos despliegan diferentes efectos sobre los poderes públicos y los particulares. De entre ellos, nos interesa destacar la *obligación de respetar* el derecho, es decir, el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso o goce de los bienes objeto del derecho y la *obligación*

⁸¹ Ver la jurisprudencia recogida en el informe "Emergencia habitacional en el Estado Español. La crisis de las ejecuciones hipotecarias y los desalojos desde una perspectiva de derechos humanos. Observatorio DESC, Barcelona, 2013, pp. 28 y ss.

de proteger, esto es, el deber del Estado de impedir que terceros injerian, obstaculicen o impidan el acceso o goce de ese bien⁸².

En los procesos de desahucio participan tanto los poderes públicos como los particulares propietarios del inmueble, normalmente entidades financieras. Las actuaciones que realicen ambos sujetos deberán siempre cumplir con las tres condiciones arriba apuntadas, si no el Estado estará vulnerando el derecho constitucional a la vivienda, al no respetar o proteger este derecho.

El Estado, por lo tanto, para cumplir con las obligaciones de respetar y proteger el derecho constitucional a la vivienda, debe establecer un marco normativo y aprobar medidas que aseguren la observancia de los mínimos expuestos.

Por último y tal como se desprende de la aplicación de los tratados internacionales, debemos afirmar que el Estado no puede ampararse en razones económicas para no cumplir con estas obligaciones.

4. Derecho a la vivienda y política de vivienda. Valoración de las leyes autonómicas de vivienda. Especial referencia al País Vasco

En último lugar, vamos a referirnos, siguiendo lo apuntado en los párrafos anteriores, esto es, los distintos niveles de obligaciones de los poderes públicos, a la obligación de *satisfacer* el derecho en cuestión. En el tema que nos ocupa, el derecho a la vivienda, esta obligación se ha desarrollado en el Estado español a través de las llamadas "políticas de vivienda". A ellas dedicamos este último epígrafe.

4.1. Características de la política de vivienda en España

En España, la política de vivienda ha sido principalmente una actividad de fomento centrada en la aportación de recursos económicos estatales, que ha consistido fundamentalmente en la financiación cualificada dirigida a apoyar la promoción privada de viviendas de protección oficial para venta y su adquisición. Estas actuaciones se han recogido en los sucesivos planes estatales y autonómicos de vivienda aprobados desde la entrada en vigor de la Constitución.

Si bien la materia de vivienda es competencia exclusiva de las comunida-

⁸² ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 132 y ss.

des autónomas, el Estado ha desarrollado una política estatal de vivienda a través de la aprobación de los planes vivienda. La competencia para esta intervención estatal se fundamenta en el carácter económico de las medidas acogidas, concretamente según recoge la STC 152/1988, de 20 de julio, en los artículos 149.1.11 (bases de la ordenación de crédito) y 149.1.13 CE (planificación y coordinación de la actividad económica) y no en la implementación del derecho a la vivienda recogido en el art. 47 CE. En este sentido, esta política pública de vivienda ha respondido esencialmente a las necesidades ligadas al desarrollo de la economía y a la lucha contra el paro, lo que, ineludiblemente, ha condicionado su contenido.

Podemos destacar dos datos de interés en relación con el contenido de los planes estatales de vivienda: la escasa entidad que adquiere la vivienda protegida frente a la vivienda libre y la opción por la construcción de vivienda protegida para la venta, destinada principalmente a las clases medias. Esto último, unido a la falta de un régimen jurídico adecuado sobre la vivienda protegida y la ausencia de instrumentos de control, hizo que esta política de vivienda diseñada por el Estado fuera inoperante para solucionar el acceso a la vivienda de las personas más vulnerables.

4.2. Políticas autonómicas de vivienda

Durante los primeros años, las políticas autonómicas de vivienda reproducen las políticas estatales. A partir de mediados de los años 90 van adquiriendo un mayor protagonismo, lo que dará lugar a la aprobación de normas legales autonómicas en este ámbito. Podemos establecer tres periodos diferenciados:

- En el primero, las leyes de vivienda aprobadas por las comunidades autónomas eran leyes referidas solo al régimen de las viviendas protegidas y tenían como objeto regular de manera muy flexible el régimen de las viviendas protegidas autonómicas, con el fin principal de eludir la aplicación del régimen de las viviendas de protección oficial⁸³. Podemos citar aquí la Ley 6/1997, de 8 de enero, de protección pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid o la Ley 2/2002, de 17 de febrero, por la que se establecen y regulan las distintas modalidades de viviendas de protección pública de Castilla-La Mancha.

⁸³ Sobre todo, en relación con la definición de las viviendas protegidas, al incremento de los ingresos máximos de los demandantes de vivienda y a los cortos plazos de calificación de las viviendas protegidas autonómicas.

- En el segundo, se van a aprobar leyes sobre vivienda protegida que se van a caracterizar por poner énfasis en la tutela de las particularidades del régimen jurídico de estas viviendas, con el objeto de proteger su objetivo final: implementar el derecho a una vivienda digna. Con este fin, regulan un conjunto de técnicas jurídico-administrativas novedosas, como la calificación de la vivienda protegida por periodos dilatados de tiempo (30 años como principio general); el control de las segundas y posteriores transmisiones de vivienda protegida; la obligatoriedad de la inscripción en el registro de demandantes de vivienda protegida para poder ser adjudicatario de una vivienda protegida; la regulación de los derechos de adquisición preferente de vivienda protegida por parte de la Administración, con un uso sistemático del tanteo y el retracto; etc. Aquí habría que destacar la Ley 24/2003, de medidas urgentes de política de vivienda protegida de Aragón⁸⁴, y la Ley Foral 8/2004, de Protección Pública de la Vivienda de Navarra⁸⁵.
- Por último, en un tercer periodo podemos situar aquellas leyes de carácter más general, que no solo regulan el régimen jurídico de la vivienda protegida, sino que se refieren, desde una perspectiva más completa, al derecho a la vivienda. Podemos citar aquí la ley catalana⁸⁶ del derecho a la vivienda⁸⁷ y la ley andaluza⁸⁸ del derecho a la vivienda⁸⁹. Estas leyes se refieren en su título al "derecho a la vivienda" y esto tiene su reflejo en el contenido que acogen estas normas. Las leyes citadas tratan de hacer una regulación de los aspectos básicos de este derecho, otorgándole un contenido concreto y ciertas garantías.

⁸⁴ TEJEDOR BIELSA, J.: "Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Aragón", en Cuadernos de Derecho Local, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, nº 7, 2005, pp. 29 y ss.

⁸⁵ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.: "Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Navarra", en Cuadernos de Derecho Local, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, nº 7, 2005, pp. 39 y ss.

⁸⁶ Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

⁸⁷ PONCE SOLÉ, J.: "El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda", J. Ponce y D. Sibina (coords.): *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2008, pp. 93 y ss.

⁸⁸ Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía.

⁸⁹ Andalucía y Cataluña han reformado sus estatutos de autonomía y han recogido en sus nuevos textos el derecho autonómico a la vivienda.

Entre los temas regulados, podemos destacar:

- La creación de un derecho subjetivo a la vivienda.
- La designación de la actividad de provisión de vivienda asequible como un servicio de interés general, junto con la regulación de instrumentos de planificación y programación que posibiliten una oferta adecuada de estas viviendas.
- El desarrollo de una actividad pública de control del uso de la vivienda libre. Esto significa la regulación de diferentes medidas (de fomento, penalizadoras, coercitivas), con el objetivo de luchar contra la vivienda vacía.

La crisis económica que atravesamos y la falta de consenso político⁹⁰ han frenado el desarrollo de estas leyes y, por lo tanto, la implementación del derecho a la vivienda.

4.3. La política de vivienda en la Comunidad Autónoma del País Vasco

4.3.1. El despegue de una política vasca de vivienda de vanguardia

La política de vivienda en el País Vasco durante la primera década del siglo XXI regula ciertas medidas en relación con la política de vivienda pionera en España⁹¹; con el tiempo, algunas de ellas serán acogidas por otras comunidades autónomas y por el Estado. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar las siguientes:

- Intervención pública sobre suelo a través fundamentalmente de las reservas de suelo para vivienda protegida.
- Calificación permanente de la vivienda protegida.
- Control público del régimen jurídico de la vivienda protegida (acceso, segundas transmisiones, etc.).
- Impulso importante del alquiler social.
- Movilización de vivienda vacía hacia el alquiler social (programa Bizigune).

⁹⁰ Por ejemplo, la ley catalana ya ha sido reformada a través de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica (arts. 148-176), debilitando las posibilidades de intervención de los poderes públicos catalanes en el ámbito de vivienda. La ley andaluza también se ha reformado por la Ley 4/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, pero en este caso para fortalecer la intervención pública. Esta reforma ha sido recurrida por el Gobierno ante el TC.

⁹¹ BURÓN, J.: "La política de vivienda protegida: la arquitectura autonómica, en *El modelo de ordenación territorial, urbanismo y vivienda vasco: aplicación práctica*, Agirreazkuenaga, I. (coord.), Bilbao, IVAP, 2011, pp. 280 y ss.

Estas actuaciones obtuvieron su fruto y hacia el final de la década el parque de vivienda pública había aumentado considerablemente y también el parque de alquiler, aunque todavía estaba lejos de alcanzar los niveles de los países europeos de nuestro entorno.

Los resultados obtenidos no hubieran sido posibles sin aumentar considerablemente el presupuesto del Gobierno Vasco dedicado a vivienda y sin fortalecer el entramado institucional público al servicio de esta política.

4.3.2. Situación actual. Hacia una ley vasca del derecho a la vivienda

En Euskadi todavía no tenemos una ley sobre el derecho a la vivienda. Durante los últimos años se han planteado varias iniciativas, pero ninguna de ellas ha llegado a aprobarse⁹². En estos momentos se está tramitando en el Parlamento Vasco una proposición de ley de vivienda⁹³.

En esta comunidad autónoma se sigue discutiendo sobre los mismos contenidos que resultaban controvertidos en otras comunidades autónomas y podemos afirmar que no existe todavía un consenso político suficiente. Podemos destacar, entre otros, los siguientes temas que son objeto de debate y discusión:

– *Derecho subjetivo a la vivienda*

La proposición de ley recoge el derecho de todas las personas a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible⁹⁴. Entre los requisitos para ser titular del derecho se encuentran: no poseer vivienda o alojamiento estable o adecuado, estar inscrito en el registro de demandantes exclusivamente en alquiler con una antigüedad mínima y acreditar unos ingresos que se encuentren entre determinados límites.

Este derecho se podrá satisfacer por la puesta a disposición del demandante de una vivienda de alquiler, de una vivienda o alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre que se encuentre en algún programa

⁹² Podemos citar: el Anteproyecto de Ley de Garantía del Derecho Ciudadano a una vivienda digna (2008), el Proyecto de Ley de Garantía del Derecho Ciudadano a una vivienda digna (2008) y el Anteproyecto de ley de vivienda vasca (2011).

⁹³ Esta proposición de ley se ha presentado por el Grupo Parlamentario Socialista Vasco y han apoyado su tramitación los grupos parlamentarios Euskal Herria Bildu y UPyD. A este texto se han presentado cerca de 600 enmiendas por parte de los distintos partidos del arco parlamentario vasco.

⁹⁴ Art. 7.

público sobre vivienda. Con carácter subsidiario, podrá satisfacerse a través de un sistema de ayudas económicas⁹⁵.

Este derecho sería exigible ante la Administración pública de manera gradual por las unidades convencionales que no ingresen más de 15.000 euros⁹⁶.

La configuración del derecho que recoge esta proposición plantea ciertas incertidumbres derivadas de su redacción, en ocasiones ambigua o poco clara. Asimismo, no existe una obligación cierta de las administraciones sobre la promoción de vivienda pública en alquiler. Por esta razón, es muy probable que la materialización de este derecho se reconduzca a la posibilidad de cobro de una ayuda económica de sustitución que funcione como complemento de la actual Prestación Complementaria Vivienda (PCV). Por último, respecto a la configuración de la titularidad del derecho, se plantea un derecho de carácter asistencial que alcance solo a las personas en exclusión o riesgo de exclusión.

– *Función social de la vivienda*

Esta iniciativa presenta ciertos avances. Se recogen las causas por las que se determina el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas⁹⁷; se refiere al incumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación, al mal uso de la vivienda por el propietario –deshabitación sobre ocupación⁹⁸– o por el usuario.

En este bloque temático destaca la dificultad para consensuar los instrumentos de lucha contra la vivienda vacía⁹⁹: el canon de vivienda vacía y la sustitución forzosa del propietario de la vivienda deshabitada.

Debemos destacar, por último, la propuesta de reforma de algunos contenidos de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, que realiza la iniciativa comentada. Estos son: el porcentaje de cesión de plusvalías urbanísticas a ayuntamientos, el porcentaje obligado de reserva de suelo

⁹⁵ Art. 9.

⁹⁶ Disposición transitoria quinta.

⁹⁷ En relación con la definición de esta función social en la VPP, la novedad principal es la obligación de restitución de la misma en caso de mejora de la situación económica y de compra de una segunda vivienda.

⁹⁸ El régimen jurídico de mal uso de las viviendas por sobreocupación, que apenas ha sido enmendado por los grupos, debe ser objeto de reflexión, porque no se han valorado de forma suficiente las consecuencias que se pueden derivar para sus ocupantes.

⁹⁹ Ver GARRIDO, P. y GORROTXATEGI, M.: "El parque residencial en el País Vasco: políticas de rehabilitación y de movilización de vivienda", en *El modelo de ordenación territorial, urbanismo y vivienda vasco: aplicación práctica*, Agirreazkuenaga, I. (coord.), Bilbao, IVAP, 2011, pp. 372 y ss.

para Vivienda de Protección Pública (VPP) y la obligación de que esta reserva afecte a todos los municipios vascos.

No nos cabe duda de que estos contenidos, que ahora se cuestionan, han sido elementos fundamentales para el avance de la política vasca de vivienda y su flexibilización difícilmente es compatible con el aumento del parque público de vivienda y, por lo tanto, con la implementación del derecho a la vivienda en el País Vasco.

A la espera del recorrido parlamentario de esta proposición de ley, el Plan Director de Vivienda 2013-2016 del Gobierno Vasco es el marco actual de la política vasca de vivienda. Los recursos económicos destinados a este plan no cuadran con los objetivos planteados. Por el momento, los resultados obtenidos no son nada esperanzadores y parece que la oferta de vivienda en alquiler a precios asequibles no consigue realmente avanzar en nuestra comunidad¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Ver comentario de MAGUREGUI, I. al Plan Director de Vivienda 2013-2016, accesible en <http://urbaniker.net/?p=338>.

EL DERECHO A LA SALUD Y LA MAREA BLANCA MADRILEÑA EN SU DEFENSA

ENRIQUE MARTÍN

Abokatua eta Psikologian lizentziaduna /
Abogado y licenciado en Psicología

INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza lo que está sucediendo con el derecho a la salud en España, teniendo en cuenta el contexto social y económico. Inicialmente se analiza desde un punto de vista jurídico este derecho, para posteriormente pasar a describir los principales ataques que se están produciendo contra el mismo desde una perspectiva no solo legal, sino también económica y política. Finalmente, se informa de las acciones que viene desarrollando la Marea Blanca madrileña en defensa de la sanidad pública, como ejemplo ilustrativo de las movilizaciones ciudadanas y la defensa del derecho a la salud.

EL DERECHO A LA SALUD EN ESPAÑA

El artículo 43 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a la protección de la salud y establece que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, así como fomentar la educación sanitaria, la educación física, el deporte y la adecuada utilización del ocio. Al estar este artículo incluido en el capítulo tercero, sobre los principios rectores de la política social y económica, del título I, sobre derechos y deberes fundamentales, poder reclamarlo ante la jurisdicción ordinaria queda a lo que establezcan las leyes que desarrollen este derecho, en virtud de lo establecido en el artículo 53.3 CE.

No obstante lo anterior, el artículo 10.3 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El artículo 25 de la DUDH proclama el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y la asistencia médica, además de otros requisitos esenciales para la vida, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966*, está ratificado por España (BOE de 30 de abril de 1977). El artículo 12 de este pacto reconoce el derecho a la salud, estableciendo:

- “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) *La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños;*
- b) *El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*
- c) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;*
- d) *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.*

Y el artículo 2 de este pacto, en su apartado 2, establece:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Además, España ha ratificado la *Carta Social Europea* (BOE de 26 de junio de 1980), que en su parte I establece que las partes contratantes de este tratado internacional *“reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios”* que se enumeran en la carta, entre ellos, los siguientes:

- “11. *Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar.*
- 13. *Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica”.*

Por tanto, entiendo que cabe concluir que, en virtud a lo establecido en la CE y en los tratados anteriormente citados, los poderes públicos en España están obligados a proteger la salud de todas las personas que estén en su territorio, sin que se pueda hacer discriminación alguna al prestar asistencia sanitaria y sin que la falta de recursos de las personas sea una limitación para recibir esta asistencia.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de mayo, “poderes públicos” es un *“concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo”*. En España, el título VIII del texto constitucional diseña una organización territorial del Estado que posibilita la asunción por las comunidades autónomas de competencias en materia de sanidad, reservando para aquel la sanidad exterior, la regulación de las

bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos. Al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos estatutos de autonomía, todas las comunidades autónomas han asumido paulatinamente competencias en materia de sanidad.

El ordenamiento jurídico en España establece que en cada comunidad autónoma hay un servicio de salud compuesto por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia comunidad, diputaciones y ayuntamientos y cualesquiera otras administraciones territoriales intracomunitarias, que está gestionado bajo la responsabilidad de la respectiva comunidad autónoma. Y todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud se integran en el Sistema Nacional de Salud (SNS), compuesto por todos los servicios autonómicos más los que tiene la Administración General del Estado, como, por ejemplo, el Instituto Nacional de la Salud (INGESA), que se ocupa de las prestaciones sanitarias en las ciudades de Ceuta y Melilla. A todo este conjunto de servicios dependientes de las administraciones públicas es al que compete que el derecho a la salud sea efectivo para todas las personas en España.

ATAQUES EN ESPAÑA AL DERECHO A LA SALUD CON LA EXCUSA DE LA “CRISIS”

A pesar de la obligación de los poderes públicos de proteger la salud de todas las personas que se encuentren en España, en nuestro país este derecho está siendo atacado y muchos ciudadanos ven vulnerado su derecho a la salud. Estos ataques en algún caso son muy evidentes y en otros son más sutiles u ocultos, ocurriendo que todavía algunos de ellos no son percibidos como tales por gran parte de la población.

Estos ataques provienen de algunos de los mismos poderes públicos que deberían proteger la salud, utilizando como excusa la mal llamada “crisis” económica, pues como señalan muchos, más bien es una estafa. Lo que ha sucedido es que se han socializado las pérdidas de especuladores y banqueros, haciendo recaer sobre la mayoría de la población no responsable los platos rotos de las burbujas especulativas (financieras e inmobiliarias). Mientras, los principales responsables no han recibido castigo alguno, sino que más bien se han visto recompensados, siendo cada vez más ricos.

Los rescates bancarios realizados por los Estados han engordado los déficits públicos y las políticas de recortes (mal llamadas “austeridad”) han deprimido la actividad económica, provocando paro y aumento de la pobreza en la población. En este contexto de endeudamiento y descenso de los ingresos públicos, se argumenta que “no hay dinero” para mantener los Estados de bienestar, por lo que hay que reducirlo disminuyendo derechos

y realizando recortes, argumento claramente falaz, pues si falta dinero, en vez de disminuir sus inversiones, lo que pueden hacer los Estados es conseguir más dinero. Para ello tienen dos vías: aumentar los ingresos vía impuestos (aumentándolos y/o combatiendo el fraude fiscal) o conseguirlo de sus respectivos bancos centrales, que pueden crear de la nada todo el dinero que se estime conveniente.

Hay que destacar que, según los técnicos de Hacienda, las grandes fortunas y las grandes empresas en España evadieron al fisco 42.711 millones de euros en 2010, esto es, un 71,8% del total del fraude en España, lo que además supone triplicar el fraude de pymes y autónomos¹⁰¹. Estos mismos técnicos estiman que el nivel de fraude en la economía española se sitúa en el 23% y colocarnos en la media europea del 13% supondría ingresar 38.000 millones de euros adicionales al año¹⁰².

En la mayoría de los países tenemos un agravante en esta estafa, pues está establecido que el Banco Central Europeo (BCE) no puede prestar dinero directamente a los Estados, pero sí a la banca. El pasado 9 de septiembre de 2014 el BCE estableció su tipo de interés al 0,05%, por tanto, presta el dinero a la banca con ese tipo, para que luego ella lo preste a los Estados a tipos de interés muy superiores, obteniendo pingües beneficios. El economista Eduardo Garzón explica esta estafa¹⁰³ y ha calculado que desde 1983 a 2013 el Estado español ha pagado en concepto de intereses el 66,46% de lo que debía en 2013. Los tipos de interés elevados crean un efecto bola de nieve que a largo plazo engorda la deuda exponencialmente. Si España se hubiera financiado directamente de su banco central al tipo actualmente vigente (0,05%), en vez de tener una deuda pública acumulada de unos 700.000 millones de euros, sería muchísimo menor. La banca privada ha sido la gran beneficiada de este mecanismo, que se puede calificar de atraco a los ciudadanos, mediante el cual llevan acumulado un botín de más de 450.000 millones de euros en ese periodo.

Realmente esta estafa es una excusa mediante la cual los poderes económicos dominantes, que han tomado el control de los poderes públicos, tratan de desmontar los Estados sociales y democráticos. Se pretende destruir los sistemas públicos sanitarios, educativos, de pensiones... para convertirlos en un negocio privado más, para así conseguir aumentar sus beneficios económicos. Se recorta para favorecer la privatización y se privatizan los servicios públicos. El hecho de que, por ejemplo, la destrucción

¹⁰¹ Gestha (09/08/2011): Gestha calcula que las grandes empresas defraudan más de 47.000 millones anuales, el triple que las pymes (<http://www.gestha.es/?seccion=actualidad&num=189>).

¹⁰² Gestha (02/12/2011): El 72% del fraude fiscal lo hacen grandes empresas.

¹⁰³ Eduardo Garzón (27/02/2013): Efecto bola de nieve (<http://eduardogarzon.net/efecto-bola-nieve/>).

de la sanidad pública implique deteriorar la asistencia que recibe la población, aumentando las enfermedades, el sufrimiento y los fallecimientos de la ciudadanía, no es obstáculo para los que fomentan estas políticas.

En el ámbito de la sanidad en España, estimo que se pueden resumir los principales ataques que sufre el derecho a la salud en los cinco que paso a detallar a continuación:

1) Limitaciones legales al derecho a la salud

El ataque más evidente en nuestro país al derecho a la salud es el *Real Decreto-ley 16/2012* y la normativa que lo desarrolla (*Real Decreto 576/2013* y *Orden SSI/1475/2014*), aprobado por mayoría en las Cortes Generales y el Gobierno de España del Partido Popular, por el que se ha excluido de la atención sanitaria pública gratuita a las personas inmigrantes en España en situación irregular. En los dos años que han transcurrido tras su aprobación, el Ministerio de Sanidad ha retirado la tarjeta sanitaria a 873.000 personas y la normativa establece que solo serán atendidas en los siguientes casos: urgencias, supuestos de embarazo, parto y posparto, menores, solicitantes de protección internacional y víctimas de trata de seres humanos en periodo de restablecimiento y reflexión. Las personas con enfermedades crónicas como el cáncer o diabetes no tienen acceso a asistencia sanitaria gratuita.

Los inmigrantes irregulares que quieran ser atendidos en hospitales y centros públicos deben pagar la atención que reciban o bien contratar un seguro que asciende a 720 euros al año, lo que equivale a 60 euros mensuales, algo que parece difícilmente asumible para personas que no tienen contrato ni ayudas públicas. Desde los 65 años en adelante el panorama es peor, ya que el coste asciende a 1.884 euros anuales, es decir, 157 al mes¹⁰⁴. Estos costes son superiores a los que cobran los seguros privados de salud¹⁰⁵ y todo ello sin que la cobertura sea completa, estando obligados a copagos adicionales según la atención que reciban.

Como informaban en un comunicado Amnistía Internacional, el Centro por los Derechos Económicos y Sociales, Médicos del Mundo y la Red Acoge¹⁰⁶, un caso que puede ser ilustrativo del impacto negativo de esta reforma

¹⁰⁴ El País (29/07/2013): El seguro público para inmigrantes 'sin papeles' costará 60 o 157 euros al mes.

¹⁰⁵ Público (08/08/2012): La sanidad pública cobrará a los sin papeles más que un seguro privado.

¹⁰⁶ Comunicado de Amnistía Internacional, Centro por los Derechos Económicos y Sociales, Médicos del Mundo y Red Acoge de 1 de septiembre de 2014: España mantiene la exclusión sanitaria de las personas inmigrantes en situación irregular (<http://www.redacoge.org/news/es/2014/09/01/0001/dos-anos-desde-la-entrada-en-vigor-de-la-reforma-sanitaria>).

sanitaria es el de Alpha Pam, ciudadano senegalés de 28 años sin tarjeta sanitaria, que falleció de tuberculosis el 21 de abril de 2013, a pesar de que el tratamiento gratuito de su enfermedad se encontraba contemplado en los criterios generales sobre asistencia sanitaria a personas migrantes de las Islas Baleares. A Alpha Pam le diagnosticaron bronquitis en el Hospital de Inca, sin efectuarle una radiografía ni decidir su ingreso. Según información recibida por estas organizaciones, el centro de salud se negó a realizarle pruebas diagnósticas hasta en tres ocasiones e incluso le advirtieron de que, por su condición de inmigrante, tenía que pagar la visita.

Otra muerte relacionada con esta criminal reforma sanitaria es la de la mujer nicaragüense Jeaneth Beltrán, que falleció después de 4 horas de esperar atención en urgencias del Hospital Virgen de la Salud de Toledo el pasado 23 de mayo 2014, según denuncia la Red de Mujeres Latinoamericanas y del Caribe en España¹⁰⁷.

El *Real Decreto-ley 16/2012* ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional por las comunidades autónomas de Canarias, Euskadi, Catalunya, Andalucía, Asturias y Navarra (recursos de inconstitucionalidad números 4123-2012, 4530-2012, 4585-2012, 414-2013, 419-2013 y 433-2013) y no está siendo realmente aplicado en algunas de ellas, que incluso han aprobado normas autonómicas para mantener la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular.

El Gobierno Vasco aprobó el *Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, con el que mantiene la atención sanitaria pública y gratuita a las personas excluidas por el *Real Decreto-ley 16/2012* y el Gobierno de España interpuso un conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional (TC), rechazando que puedan prestar esa atención. La aceptación del recurso supuso la suspensión temporal de este decreto vasco, pero esta suspensión fue levantada parcialmente mediante el *Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012, del Pleno del TC*¹⁰⁸, por entender el alto tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico.

¹⁰⁷ Comunicado de la Red de Mujeres Latinoamericanas y del Caribe en España de 27 de mayo de 2014: Todas somos Jeaneth (<http://redlatinas.blogspot.com.es/2014/05/todas-somos-jeaneth.html>).

¹⁰⁸ Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012, del Pleno del Tribunal Constitucional. Levanta parcialmente la suspensión en el conflicto positivo de competencia 4540-2012, interpuesto por el Gobierno de la Nación en relación con el *Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi* (<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23221>).

El Gobierno Vasco expuso que la situación económica de los inmigrantes irregulares, en general precaria, y el hecho de que este colectivo se vea particularmente afectado por patologías infecciosas como el VIH, la tuberculosis, la meningitis tuberculosa, el paludismo y la hepatitis B supone que al tiempo de quedar desasistido el colectivo, por no poder costearse el acceso a la salud, se generaría un riesgo de contagio para el resto de la población, produciéndose una amenaza de deterioro de la salud comunitaria y una falta de control sanitario que generará un problema de salud pública. Además, ejemplificó las consecuencias negativas del mantenimiento de la suspensión acudiendo al supuesto de la falta de tratamiento de los enfermos con VIH, afirmando que, de no recibir tratamiento antirretroviral por exclusión del sistema sanitario público y falta de recursos para afrontar el tratamiento, se produciría: 1) el incremento de muertes en personas afectadas por el VIH, alcanzando la tasa de mortalidad de los años 90 (entre 12 y 15 pacientes al año); 2) el aumento del número de infecciones oportunistas y de los ingresos hospitalarios; 3) el incremento en la transmisión del VIH a la población general, pues las nuevas infecciones no tendrían diagnóstico precoz; 4) el aumento de enfermedades infecciosas; 5) el aumento de la posibilidad de transmisión madre-hijo del VIH; y 6) el aumento de los nuevos casos de VIH en una proporción de entre el 10 y el 20 por ciento anual.

Por otra parte, el Parlamento de la Comunidad Foral de Navarra aprobó la *Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra*, con la que también se mantiene la atención sanitaria pública y gratuita a los inmigrantes irregulares de esta comunidad autónoma. El presidente del Gobierno de España presentó el recurso de inconstitucionalidad número 7089-2013 contra esta ley foral, que al ser admitida a trámite fue suspendida. Esta suspensión también fue levantada parcialmente mediante el *Auto 114/2014, de 8 de abril de 2014, del Pleno del TC*¹⁰⁹, siguiendo el mismo criterio del *Auto 239/2012*, por el que entienden que el derecho a la salud y a la integridad física no pueden verse desvirtuados por un supuesto ahorro económico no concretado.

El Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa hizo público en enero de 2014 un informe¹¹⁰ que juzga ilegal que en España se

¹⁰⁹ Auto 114/2014, de 8 de abril de 2014, del Pleno del Tribunal Constitucional. Levanta parcialmente la suspensión acordada en el recurso de inconstitucionalidad 7089-2013, interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con la disposición adicional de la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra (<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23930>).

¹¹⁰ Informe del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa sobre España, enero de 2014 (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX2_en.pdf).

excluya de asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular¹¹¹, asegurando que la crisis no puede servir de pretexto para negar el acceso a la sanidad. Como ya se ha señalado, España es uno de los 43 países europeos que han firmado la *Carta Social Europea*, que recoge el derecho a la salud, y que el comité encargado de interpretarlo extiende a todos los ciudadanos, con independencia de su estatus legal.

También desde la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se ha recriminado a España esta exclusión de los inmigrantes irregulares¹¹², expresando que nuestro país tiene obligaciones positivas en materia de acceso a la atención sanitaria, incluidas obligaciones para con los migrantes, independientemente de su situación jurídica. La representante de la ONU denunció que se vulneran los derechos humanos con esta exclusión y recordó que el Tribunal Constitucional español trató recientemente la legislación promulgada en Navarra, como acabamos de señalar, reiterando que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional que no puede verse desvirtuada por la sola consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado. Destacó además que la falta de acceso de los migrantes a la atención primaria no es solo cuestionable desde una perspectiva de derechos humanos, sino también poco efectiva para reducir costes a largo plazo. Sin acceso a la atención primaria se sobrecargan los servicios de emergencia –que son más costosos– y se pone la salud pública en riesgo.

En consecuencia, como se acaba de detallar, queda claro el ataque al derecho a la salud de los inmigrantes irregulares en España, un ataque que está siendo rechazado por algunas comunidades autónomas, el Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas, así como por numerosas fuerzas políticas y organizaciones sociales. El Tribunal Constitucional tendrá que pronunciarse próximamente sobre si esta legislación se ajusta a nuestro marco constitucional o no, y esperemos que el alto tribunal sea coherente con la doctrina iniciada en los autos enumerados anteriormente y finalmente la anule por inconstitucional.

.....
¹¹¹ El País (29/01/2014): El Consejo de Europa juzga ilegal excluir a los sin papeles de la sanidad (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/01/29/actualidad/1391000298_824511.html).

¹¹² ONU (29/04/2014): Experta de la ONU pide a España "un auténtico compromiso con la protección de los derechos humanos para todos" (<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14545&LangID=S>).

2) Los recortes en la sanidad

La segunda línea de ataque al derecho a la salud son los recortes de los presupuestos públicos dedicados a sanidad, que están repercutiendo en una reducción de las inversiones tecnológicas, del número de camas y de personal sanitario, lo que está deteriorando la atención sanitaria que puede prestar el Sistema Nacional de Salud a la ciudadanía.

La Federación de Sanidad y sectores sociosanitarios del sindicato CC. OO. recientemente han hecho público¹¹³ un informe titulado *"Análisis del presupuesto sanitario 2014. ¿Por qué lo llaman austeridad cuando quieren decir recortes?"*¹¹⁴. Entre las principales conclusiones que pueden extraerse de los datos que examina este informe, se puede destacar:

- La suma del presupuesto sanitario inicial de todas las comunidades autónomas en el año 2014 se ha reducido un 11,19% respecto a la del año 2010, algo más de una décima parte.
- Es el cuarto año consecutivo en el que el presupuesto sanitario de las comunidades autónomas, tomadas de forma conjunta, se reduce. Si se suman todas las reducciones presupuestarias producidas en estos cuatro años respecto al nivel de 2010, se ha recortado un total acumulado de 18.832 millones de euros (sin tener en cuenta la inflación). Esta cifra supone, por ejemplo, un recorte que equivale a 5 veces y media el presupuesto de sanidad de Euskadi en 2014.
- La suma del capítulo I (gastos de personal) del presupuesto sanitario inicial de todas las comunidades autónomas en 2014 se ha reducido respecto al de 2010 en un 7,85%.
- La suma del capítulo VI (inversiones reales) del presupuesto sanitario inicial de todas las comunidades autónomas de 2014 se ha reducido respecto a la de 2009 en un 67%. Para recuperar las cifras de 2009, en 2015 habría que incrementar un 300% el presupuesto de 2014 en este capítulo.
- Comparando el presupuesto sanitario 2014 de las CC. AA. con el más alto del sexenio, constatamos que en 14 CC. AA. se ha reducido en más del 5%, siendo superior al 15% en 7 de ellas y superando el 20% en 2. En el capítulo 1 hay 16 CC. AA. que han aplicado una reducción superior al 14%, llegando una de ellas al 20%. Si vemos el capítulo 6, todas están en una reducción superior al 25%, estando 4 CC. AA. entre el 83 y el 96%.

¹¹³ CC. OO. (10/09/2014): CC. OO. alerta en un informe de "graves" consecuencias por los continuos recortes en el SNS (http://www.sanidad.ccoo.es/websanidad/Noticias:Sala_de_Prensa_Virtual:Notas_de_prensa:679939).

¹¹⁴ CC. OO. (septiembre de 2014): Análisis del presupuesto sanitario de 2014. ¿Por qué lo llaman austeridad si quieren decir recortes? (http://www.sanidad.ccoo.es/comunes/recursos/30/pub130464_ANALISIS_DEL_PRESUPUESTO_SANITARIO_2014.pdf).

- En 2 años, de enero de 2012 a enero de 2014, las comunidades autónomas han eliminado más de 19.000 empleos en instituciones sanitarias del SNS.
- Las CC. AA. han reducido en 2 años (2012 y 2013) el gasto en remuneración de personas asalariadas de la sanidad pública en 2.320 millones de euros.
- En 2 años, del 31 de diciembre de 2010 al 31 de diciembre de 2012 (último dato), tenemos en España 4.000 camas menos en funcionamiento en centros sanitarios públicos del SNS y la ratio por 1.000 habitantes ha caído del 2,51 al 2,41.
- En 2012 (último dato oficial) un 10% de las camas instaladas no estaban en funcionamiento, un 3% más que en 2010.
- El tiempo medio en lista de espera quirúrgica ha pasado de 76 días en junio de 2012 a 98 en diciembre de 2013.
- En 2009 el gasto sanitario de las administraciones públicas suponía el 7,20% del PIB; en el año 2012 el 6,67, lo que supone una reducción del 8%.
- En 2012 (último dato oficial) el gasto sanitario de las administraciones públicas en euros por habitante baja un 9,96% respecto al año 2009, mientras que el de los hogares crece en un 10%.

En este informe, CC. OO. advierte que los distintos retrocesos a nivel asistencial y laboral que se están produciendo en el sector sanitario pueden suponer un punto de difícil retorno con consecuencias dramáticas para una parte importante de la ciudadanía a nivel asistencial.

Las advertencias de que los recortes en sanidad en España ponen vidas en riesgo son numerosas; así, por ejemplo, un artículo publicado en la prestigiosa revista *British Medical Journal* (BMJ)¹¹⁵ asegura que van a aumentar los casos de suicidios, sida o tuberculosis, y duda, además, de que esas medidas supongan un ahorro basado en evidencias probadas.

También la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) advirtió en su informe "*Panorama de la sanidad 2013*" de los efectos perjudiciales de los recortes sanitarios¹¹⁶, destacando el aumento en las listas de espera quirúrgica en España, la disminución de personal sanitario, la disminución de los horarios de atención en los centros y servicios sanitarios...

Resulta evidente que los recortes en sanidad pueden matar, porque el aumento de las listas de espera diagnósticas y quirúrgicas, el aumento de las

¹¹⁵ El País (13/06/2013): Los recortes en sanidad en España ponen vidas en riesgo, según un estudio (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/13/actualidad/1371120738_219035.html).

¹¹⁶ El País (21/11/2013): La OCDE alerta de los efectos de los recortes sanitarios (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/21/actualidad/1385062183_415382.html).

esperas en urgencias para poder ser atendidos o los retrasos de las ambulancias en los traslados urgentes empeoran la salud, pudiéndose producir fallecimientos que una atención sanitaria a tiempo podría haber evitado. Cuantificar este perjuicio en la salud de la ciudadanía, así como el número de fallecimientos que provoca, no es fácil, si bien periódicamente saltan a los medios de comunicación casos que ponen evidencia esta realidad. Por ejemplo, en marzo de 2013 se divulgó que una mujer falleció tras tres horas de espera en las urgencias colapsadas del hospital Xeral de Vigo, sin que hubiera podido pasar al box para poder valorarse bien su estado¹¹⁷.

3) Copagos en la sanidad

Los copagos de prestaciones sanitarias también suponen un ataque al derecho a la salud, pues las personas con pocos recursos económicos pueden ver impedido el acceso a la atención que necesitan por no poder pagar. Además, ocurre que estas personas pueden retrasar acudir al médico para evitar esos costes, lo que impide una atención temprana que evite el agravamiento de enfermedades.

Algunos señalan que el nombre más correcto a estos pagos adicionales por atención sanitaria sería el de repago. La atención sanitaria es pagada por la ciudadanía mediante impuestos y si para recibir la atención deben pagar de nuevo, no se trata de un “copago” entre usuario y Administración, sino de un “repago” del ciudadano por la atención que recibe, pues está pagando dos veces por ese servicio.

Las críticas al repago y la denuncia de los perjuicios para la salud que suponen están denunciadas por muchas entidades y científicos. Los informes y estudios señalados en el apartado anterior de CC. OO., OCDE y el publicado en la revista British Medical Journal así lo señalan. Otro estudio publicado en 2014 en la revista Health affairs¹¹⁸ comprobó en EE. UU. que eliminar los copagos es una manera de mejorar el seguimiento de los tratamientos (lo que técnicamente se denomina adherencia) y que, en personas con problemas cardiacos, las complicaciones pueden bajar hasta un 35% y el gasto sanitario asociado un 70%. Los copagos pueden resultar especialmente perjudiciales en casos como la diabetes o el VIH, en los cuales los tratamientos que se administran a los enfermos tienen un carácter permanente y su mala aplicación o ausencia puede suponer hasta el fallecimiento de los afectados.

¹¹⁷ Faro de Vigo (07/03/2013): Una octogenaria fallece en urgencias del Xeral tras tres horas a la espera de asistencia (<http://www.farodevigo.es/gran-vigo/2013/03/07/octogenaria-fallece-urgencias-xeral-tres-horas-espera-asistencia/769336.html>).

¹¹⁸ El País (05/05/2014): Eliminar los copagos mejora el seguimiento de los tratamientos (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/05/actualidad/1399302193_831937.html).

El *Real Decreto-ley 16/2012*, además de suponer un ataque a la universalidad de la sanidad en España, también adoptó diversas medidas para aumentar el repago farmacéutico de pensionistas y activos. La aplicación de este copago, que entró en vigor en julio de 2012, ha sido recurrida al Tribunal Constitucional por algunas comunidades autónomas. Existen variaciones en las formas de pago por comunidades, como en Andalucía, donde los pensionistas no tienen que adelantar el dinero de sus recetas por encima del límite fijado, sino que el sistema informático detecta cuándo se ha llegado al tope de aportación y deja de cobrarles. En otras comunidades los pensionistas deben adelantar el pago y posteriormente se les devolvería lo abonado de más, pero ocurre que ese adelanto es imposible o supone graves perjuicios económicos para muchos pensionistas, que se ven ante el dilema de que si pagan las medicinas no pueden afrontar pagos de su vivienda, luz, gas, agua o alimentación.

A partir del 1 de enero de 2014 se han actualizado los topes máximos de los copagos farmacéuticos. La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) ha criticado esta medida¹¹⁹ e informa con el siguiente cuadro sobre la situación del pago de medicamentos en España:

	PAGO DE MEDICAMENTOS. APORTACIÓN DEL USUARIO (ASEGURADO Y BENEFICIARIO)		
	Antes de aplicar el RD 16/2012	A partir de 01/07/2012	
		En general	Límite máximo de aportación tratamiento larga duración (€/mes) a enero de 2014
Pensionistas con renta inferior a 18.000 €/año	0%	10%	8,26 €
Pensionistas con renta entre 18.000 y 100.000 €/año	0%	10%	18,59 €
Pensionistas con renta igual o superior a 100.000 €/año	0%	60%	62,00 €
Personas sin recursos que perciben renta de integración	40%	0%	0 €
Personas receptoras de pensiones no contributivas	0%	0%	0%
Afectados del síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica	0%	0%	0 €
Parados que han perdido el subsidio de desempleo	40%	0%	0 €
Personas con tratamientos por accidente de trabajo o enfermedad profesional	0%	0%	0 €
Usuarios con tratamientos crónicos para los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC y productos sanitarios de aportación reducida	10%, con límite de 2,64 €	10%	Límite por receta: 4,26 €
Usuarios con renta inferior a 18.000 €/año	40%	40%	Sin límite
Usuarios con renta entre 18.000 €/año y 100.000 €/año	40%	50%	Sin límite
Usuarios con renta igual o superior a 100.000 €/año	40%	60%	Sin límite
Mutualistas y clases pasivas de MUFACE, ISFAS y MUGEJU	30%	30%	Sin límite

¹¹⁹ OCU [13/01/2014]: Copago farmacéutico: respuesta a tus dudas (<http://www.ocu.org/salud/derechos-paciente/noticias/reforma-sanitaria-copago>).

Por si no fuera suficiente este aumento de los copagos en los medicamentos, las comunidades autónomas de Catalunya y Madrid aprobaron unos recargos de un euro por receta. El presidente del Gobierno recurrió por inconstitucional esta medida en Cataluña y, mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2014, de 6 de mayo de 2014, fue anulada. En el caso de la Comunidad de Madrid, la medida fue recurrida por cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista y, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2014, de 29 de mayo de 2014, también fue anulada.

El alto tribunal, manteniendo su propia doctrina fijada en el fundamento jurídico 5 de la STC 136/2012, establece que la determinación de la modalidad concreta de financiación de una prestación del Sistema Nacional de Salud como la farmacéutica es una decisión básica que corresponde tomar al legislador estatal, incluyendo en particular la posibilidad de imponer una colaboración financiera del usuario por vía de aportación adicional (copago), pues ello incide en la forma de prestación del servicio público fundamental de la sanidad y en el acceso igualitario al medicamento por parte de los usuarios. Además, de acuerdo con esta doctrina constitucional, las comunidades autónomas no pueden empeorar el régimen básico de condiciones de acceso del usuario al medicamento, lo que en particular afecta a la propia previsión de aportaciones adicionales con cargo al usuario.

A pesar de estas últimas buenas noticias, a corto plazo la situación parece que no va a mejorar. El Plan Nacional de Reformas 2014 del Gobierno de España insiste en la necesidad del copago y, según asegura el sindicato CC. OO. en el informe que citamos anteriormente, recientemente se ha filtrado un documento de trabajo del Consejo de Política Fiscal y Financiera (órgano donde las comunidades autónomas y la Administración General del Estado debaten y acuerdan estas materias) en el que se habla de establecer tasas hosteleras en los hospitales, alquilar instalaciones al sector privado y copagar por asistir a consultas médicas y de urgencias.

4) Privatización de la sanidad

Bajo el eufemismo de “colaboración público privada en sanidad” o “externalizaciones” se está produciendo una progresiva privatización del Sistema Nacional de Salud, mediante la cual se encomienda a empresas privadas numerosos aspectos del sistema, incluyendo la asistencia sanitaria. Lo que ha posibilitado el inicio de este proceso de privatización ha sido la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que en su momento fue aprobada en las Cortes Generales por los votos favorables del PP, PSOE, CiU, PNV y CC¹²⁰.

¹²⁰ Ángeles Maestro (13/12/2012): El PSOE propone derogar la Ley 15/97: ¡A buenas horas mangas verdes! (<http://www.casmadrid.org/index.php?idsecc=comunicados&id=98>).

El informe del sindicato CC. OO. citado anteriormente detalla que, a pesar de que el presupuesto sanitario baja en toda España, la suma del gasto consolidado de las comunidades autónomas en concertos sanitarios (sin contar a Catalunya) crece de forma constante desde el año 2002 al 2011, y en 2012 (último año con cifras) baja ligerísimamente.

Se argumenta que estas privatizaciones no suponen un deterioro en la atención sanitaria de la población y consiguen ahorros económicos por una supuesta mejor eficiencia en la gestión de las entidades privadas frente a las públicas. Sin embargo, no hay ningún estudio que demuestre estas afirmaciones y numerosos datos apuntan precisamente en la dirección contraria.

El ejemplo paradigmático de sanidad privada es Estados Unidos de América y, tal y como demuestran muchos estudios, los resultados sanitarios son peores que los de otros países donde la gestión de la sanidad es pública. Tal y como informa el catedrático Vicenç Navarro en un artículo¹²¹ resumiendo la situación, los datos al respecto son ilustrativos:

1. Es un sistema enormemente caro, tanto para el país (es el país con el gasto sanitario como porcentaje del PIB más alto del mundo), como para el Estado (el gobierno federal se gasta *per cápita* la mayor cantidad de dinero en sanidad del mundo) y para el individuo y las familias. El gasto sanitario en 2012 era el 17,9% del PIB y 8.952 dólares *per cápita*. Y a pesar de este enorme gasto, la cobertura sanitaria es muy insuficiente. El indicador más claro de ello es que el 39% de las personas con enfermedades terminales, es decir, que se están muriendo, declaran que están preocupadas por cómo ellas o sus familiares pagarán las facturas médicas y/o hospitalarias (ver *Annals of Internal Medicine* 2000; 132:451 – Study of 988 terminally ill patients). Estas personas se encuentran en una situación cruel e inhumana en la que, además de preocuparse por su propia muerte, tienen que preocuparse de cómo pagar a los profesionales y/o a las instituciones sanitarias o a las compañías de seguros.
2. Pero además de una cobertura muy insuficiente, el número de ciudadanos y residentes sin ningún tipo de cobertura sanitaria es muy elevado. Llegó en el 2011 a ser el 15,7% de toda la población, es decir, 48,6 millones de personas; de ellos, 7 millones son niños. El 31% de los ciudadanos de origen hispano, el 19,5% de origen afroamericano y

¹²¹ Vicenç Navarro (04/02/2013): La privatización de la sanidad (<http://www.vnavarro.org/?p=8424>).

el 11,5% de los blancos no tienen ninguna cobertura sanitaria. Incluso después de la aplicación de la ley conocida como “Obamacare”, el número de personas sin ninguna cobertura sanitaria, y por lo tanto, sin ningún derecho a acceder a servicios sanitarios, (según la Congressional Budget Office) será de 36 millones.

3. El Tea Party y sus economistas afines en la ideología ultraliberal (de la cual hay una gran abundancia en España) indican que no es cierto que la gente se quede sin atención, pues pueden ir a los servicios de urgencia, lo cual no es del todo cierto, pues muchos hospitales se las apañan para no proveer tales servicios a los que no pueden pagar los servicios médicos, tal como ha señalado y demostrado el propio Congreso de EE. UU. en varios informes.
4. El sistema de copago y deducciones está generalizado en el sistema de aseguramiento privado e incluso público. Medicare, el programa federal de atención sanitaria para los ancianos, solo cubre el 54% de sus gastos sanitarios.
5. La mayoría de la población estadounidense, aun cuando está satisfecha con su médico o su hospital, no está satisfecha con el sistema de financiación y organización del sistema sanitario. EE. UU. es el país que tiene un mayor descontento con su sistema sanitario. Casi el 50% de la población considera que debería reconstruirse desde el principio.
6. Según un estudio del sistema sanitario en EE. UU., Alemania y Gran Bretaña, EE. UU. es el país que tenía un mayor número de muertes prevenibles (significándole una sobremortalidad de casi 100.000 personas), con el menor incremento de esperanza de vida.
7. EE. UU. es el país donde un mayor número de personas dejan de ir al médico por causas económicas. El 52% de las mujeres ha indicado que no estaban seguras de poder pagar las facturas médicas en caso de que cayeran gravemente enfermas.

Como informa Vicenç Navarro, no es creíble el argumento aducido por los reformadores liberales y neoliberales que sostiene que el sistema sanitario privado es más económico y eficiente que el público. La evidencia científica, robusta y convincente, señala lo contrario. En realidad, el estudio más detallado que se haya hecho analizando la calidad de la atención hospitalaria comparando la mortalidad (estandarizada por diagnóstico y características del paciente) en los hospitales privados con afán de lucro con los sin afán de lucro (fueran estos públicos

o privados) la mortalidad era más alta en los primeros que en los segundos (P.J. DEVEREAUX, et al. 2004)¹²².

Así que la cuarta línea de ataque contra el derecho a la salud, menos evidente para muchos, son las privatizaciones de la sanidad pública, ya que realmente se empeoran los resultados sanitarios. Cuando se introduce el ánimo de lucro dentro del sistema sanitario, este se pervierte y las decisiones que se toman no se adoptan buscando exclusivamente mejorar la salud de los pacientes, sino que están muy condicionadas por la búsqueda de aumentar los beneficios económicos. En este caso se puede optar por aplicar intervenciones farmacológicas, diagnósticas o quirúrgicas costosas, no porque sean necesarias, sino porque realizarlas implica cobrar más dentro de un sistema privatizado en el que se cobre por las asistencias que se presten. En cambio, si lo que se paga a las entidades privadas es un canon económico fijo por prestar la atención a una determinada población, entonces sucede que se trata de minimizar las intervenciones sanitarias, para incurrir en los menores costes posibles y maximizar los beneficios, por lo que entonces tampoco se presta la asistencia sanitaria que es necesaria.

En España los procesos privatizadores se vienen produciendo desde hace tiempo y uno de los más recientes y conocidos ha sido el intento de privatizar la gestión de la asistencia sanitaria de seis hospitales públicos madrileños (Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo) y cuatro centros de salud por parte de la Comunidad de Madrid. La continua movilización de la Marea Blanca madrileña, así como los recursos judiciales que plantearon, consiguieron detener este proceso privatizador. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), mediante un auto de fecha 27 de enero de 2014¹²³, dictaminó la paralización cautelar definitiva de este proceso privatizador. El recurso fue planteado por la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM) y se sustentó en que la corrección de los errores en los pliegos de la privatización de estos centros suponía

.....
¹²² P.J. DEVEREAUX, et al. (08/06/2004): "Payment for care at private for profit and private not-for profit hospitals: a systematic review and metaanalysis". Journal of the Canadian Medical Association (<http://www.cmaj.ca/content/170/12/1817.full?sid=f8a4838c-bd43-485e-8b91-0df2f0a6d132>).

¹²³ Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de enero de 2014, por el que se establece la paralización cautelar definitiva de la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicio denominado "Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo", dando asimismo publicidad a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por los que se habría de regir la licitación y la posterior ejecución de los contratos.

una modificación sustancial del proceso, pues se pasaba de exigir a las adjudicatarias el 5% del importe del contrato al 5% anual.

El tribunal estimó que la no adopción de la medida cautelar haría que el recurso pudiera perder su finalidad legítima, ya que en caso de no adoptarse esta decisión sería imposible volver a la situación anterior, al crearse situaciones jurídicas irreversibles, entre ellas las relativas al personal sanitario, pues se abrirían procesos de opciones, decisiones y procesos de movilidad de los que no se aprecia una fácil reversibilidad.

Además, consideró que el recurso sí que tenía apariencia de buen derecho, ocurrencia de *fumus bonis iuris*, pues la modificación que se realizó de la resolución recurrida puede exceder de la posibilidad de rectificación de errores materiales, de hechos o aritméticos, al introducir el término “anual” respecto al importe de adjudicación del contrato que ha de servir de referencia para fijar el 5% de la cuantía de la garantía definitiva a prestar por la parte adjudicataria, siendo evidente que la cuantía de la fianza contractual varía sustancialmente según sea del 5% del importe total de adjudicación del contrato (diez años de ejecución) o del importe anual (deduciblemente con referencia al primer año), y supone una modificación sustancial de las condiciones de licitación y del contrato, realizada cuatro días antes de la finalización del periodo de presentación de ofertas por los licitadores, lo que podría haber limitado el principio de libre competencia competitiva, al haber podido impedir licitaciones de empresas por el importe de la garantía definitiva según la convocatoria posteriormente rebajado por vía “corrección de errores”, y afecta a la ejecución del contrato conforme establece el artículo 100 del *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*.

Ante este revés judicial y el rechazo social masivo a esta privatización, defendiendo que la sanidad sea de gestión pública, finalmente la Comunidad de Madrid renunció a esta privatización sanitaria y el Consejero de Sanidad de esta comunidad dimitió¹²⁴.

5) Uso excesivo e inadecuado de medicamentos y corrupción de los sistemas de salud

Hay una quinta línea de ataque al derecho a la salud que todavía no es suficientemente percibida como tal por la mayoría de la población. Se trata de la perniciosa influencia de la industria farmacéutica en la asistencia sanitaria, corrompiendo los sistemas de salud. En este caso también se

¹²⁴ Público [27/01/2014]: Madrid renuncia a la privatización sanitaria tras el varapalo del TSJM (<http://www.publico.es/actualidad/madrid-renuncia-privatizacion-sanitaria-varapalo.html>).

anteponen los intereses económicos privados a la salud y la vida de las personas. Muchos científicos y periodistas vienen alzando la voz contra este gravísimo problema, que está costando la vida a miles de personas.

Uno de estos científicos es el médico danés Peter Gøtzsche, que es *master of science* en biología y química, y se doctoró en medicina en 1984. Mientras estudiaba en la facultad, trabajó en los departamentos de ensayos clínicos y regulación de medicamentos de algunas empresas farmacéuticas. Posteriormente, ejerció la medicina en diversos hospitales de Copenhague. En 1993 fundó, junto con otros colegas internacionales, The Cochrane Collaboration y ese mismo año creó el Nordic Cochrane Center. Desde 2010 ocupa la cátedra de Diseño y Análisis de Investigaciones Clínicas en la Universidad de Copenhague. Se acaba de publicar en España su último libro: *“Medicamentos que matan y crimen organizado. Cómo las grandes farmacéuticas han corrompido el sistema de salud”*¹²⁵.

Joan-Ramon Laporte, catedrático de Farmacología de la Universidad Autónoma de Barcelona, ha escrito la introducción de este libro¹²⁶ y comienza así:

“El título de este libro no es una exageración. Personas que lo han leído han experimentado una ira creciente a medida que avanzaban por la clarividente e implacable descripción del profesor Peter Gøtzsche sobre prácticas reiteradas de la industria farmacéutica: extorsión, ocultamiento de información, fraude sistemático, malversación de fondos, violación de las leyes, obstrucción a la justicia, obstrucción a la aplicación de la ley, falsificación de testimonios, compra de profesionales sanitarios (alquiler, dicen los cínicos), manipulación y distorsión de los resultados de la investigación, alienación del pensamiento médico y de la práctica de la medicina, divulgación de falsos mitos en los medios de comunicación, soborno de políticos y funcionarios, y corrupción de la administración del Estado y de los sistemas de salud. El resultado: centenares de miles de muertes cada año atribuibles a los efectos adversos de unos medicamentos que no era necesario tomar y al despilfarro de recursos públicos (públicos por ahora, en España)”.

Esta obra fue presentada en Madrid el 9 de septiembre de 2014¹²⁷. En este

¹²⁵ Peter Gøtzsche (2014): *Medicamentos que matan y crimen organizado. Cómo las grandes farmacéuticas han corrompido el sistema de salud*. Editorial Los libros del Lince (<http://www.loslibrosdellince.com/medicamentos-que-matan-y-crimen-organizado/>).

¹²⁶ Joan-Ramon Laporte (2014): Introducción del libro *“Medicamentos que matan y crimen organizado. Cómo las grandes farmacéuticas han corrompido el sistema de salud”*. Editorial Los libros del Lince (<http://www.nogracias.eu/2014/08/26/como-ejerce-su-poder-la-industria-farmaceutica-en-el-mundo/>).

¹²⁷ 20minutos (09/09/2014): *¿Son los medicamentos la tercera causa de muerte en el mundo?* (<http://www.20minutos.es/noticia/2233098/0/medicamentos/tercera-causa-muerte/industria-farmaceutica/>).

documentado libro, cuyas afirmaciones están basadas en los datos obtenidos en ensayos clínicos, investigaciones científicas y documentos de sentencias judiciales y sanciones administrativas que ha recibido la industria farmacéutica, se pone de manifiesto que las grandes empresas multinacionales del sector han olvidado en gran medida los criterios éticos que deberían regir su trabajo. Impulsadas por la búsqueda del máximo beneficio económico, tratan de vender como sea y al precio que sea sus medicamentos. Peter Gøtzsche denuncia¹²⁸ que:

- La industria farmacéutica, más que vender medicamentos, lo que hace es vender mentiras sobre medicamentos, ya que falsea u oculta los verdaderos efectos que provocan, exagerando sus propiedades terapéuticas y minimizando sus efectos adversos.
- En Estados Unidos de América y la Unión Europea los efectos adversos de los medicamentos prescritos son la tercera causa de muerte, tras las enfermedades cardíacas y el cáncer. Se producen 200.000 muertes anuales en EE. UU. debido a ellos y en la UE 197.000 muertes anuales.
- Está comprobado que en EE. UU. las industrias farmacéuticas incurren en violaciones graves o moderadamente graves de la Ley tres veces más que las otras industrias. En el mundo las grandes industrias farmacéuticas son líderes en soborno y corrupción.
- Hay numerosos ejemplos de medicamentos que la industria ha conseguido que las autoridades aprueben (Vioxx, Warfarina, Cisaprida...), a pesar de que era previsible que las reacciones adversas que provocan.
- Se inventan y exageran enfermedades para vender fármacos con efectos perjudiciales. Un ejemplo de ello es el TDAH, que no tiene entidad biológica y es un conjunto de síntomas muy extendidos, por lo que se puede diagnosticar de él a muchos pacientes, especialmente a niños. Para tratarlos se emplean fármacos con efectos similares a la cocaína y la anfetamina, cuyo efecto principal no es mejorar el rendimiento escolar, sino conseguir que los niños sean más manejables en clase, reduciendo su interacción social y curiosidad. Está comprobado que estos fármacos a largo plazo no producen ninguna mejora en agresividad, delincuencia, resultados académicos, funcionalidad laboral y relaciones conyugales, y a largo plazo provocan efectos adversos como daños cerebrales (comprobado en investigación animal), ansiedad, depresión, pérdida de interés sexual y menos tolerancia al estrés.
- Los antidepresivos carecen de beneficios que justifiquen su uso. Se ha demostrado que tienen el mismo efecto que el placebo en la mayoría de los casos y provocan reacciones adversas, como problemas sexua-

¹²⁸ Asociación No Gracias: Cómo defiende su libro Peter Gøtzsche. Presentación en la sede de la OCU de Madrid el 9 de septiembre de 2014 (<http://www.nogracias.eu/2014/09/14/como-defiende-su-libro-peter-gotzsche/>).

les en la mitad de los pacientes tratados que antes no los tenían, o que aumentan la tasa de suicidios en los menores de 40 años.

El 7 de abril de 2013 el canal de televisión La Sexta emitió un programa de Salvados con el título descriptivo "Sobremedicados"¹²⁹. En él se informaba de que España es el segundo consumidor mundial de medicamentos. Por tanto, somos uno de los mayores paraísos del mundo para la industria farmacéutica. Entre otras intervenciones interesantes, se produjo la de una visitadora médica, que informó que los regalos y recompensas (sobornos) a los médicos para que prescriban determinados fármacos es algo habitual en nuestro sistema sanitario.

Las farmacéuticas condicionan a médicos, legisladores, gobernantes y medios de comunicación, a los que engañan, seducen y financian, consiguiendo cómplices para provocar que en España suframos una gran intoxicación farmacológica, perjudicial para la salud y las arcas públicas.

LA MAREA BLANCA MADRILEÑA EN DEFENSA DEL DERECHO A LA SALUD

Este planificado y brutal ataque al derecho a la salud de la ciudadanía, afortunadamente, no está quedando sin respuesta. Y muchas somos las personas, organizaciones sociales, sindicales y políticas, así como institucionales, en España y en todo el mundo, las que estamos defendiendo el derecho a la salud, reclamando la necesidad de que nuestras sociedades cuenten con una sanidad de gestión pública, de calidad y universal.

En mi caso, soy un activista más de la llamada "Marea Blanca" madrileña, siendo uno de los promotores de la Consulta por la Sanidad, que se celebró en la Comunidad de Madrid en mayo de 2013, que más adelante comentaré. Por tanto, puedo hablar con mayor conocimiento de lo que ha sucedido en la Comunidad de Madrid, que es lo que paso a detallar a continuación, con el ánimo de que pueda ser de utilidad para las luchas que se están produciendo en otros lugares.

La denominada "Marea Blanca" madrileña es un conjunto variado de personas y entidades que tienen en común defender y exigir una sanidad plenamente pública, de calidad y universal. La primera vez que se utilizó este nombre fue para referirse a la gran manifestación que se produjo en Madrid el 18 de noviembre de 2012 contra las medidas privatizadoras de

¹²⁹ Salvados (07/04/2013): Sobremedicados (<http://www.youtube.com/watch?v=TJoULVdTyzM>).

la Comunidad de Madrid¹³⁰, y está relacionado con el color de las batas de trabajo del personal sanitario de hospitales y centros de salud. Por tanto, la Marea Blanca no es ninguna organización formal, nadie puede otorgar un “carnet” de pertenecer a la misma, pertenece a ella todo aquel que participe en defensa de la sanidad pública.

Mi mayor admiración por todas las personas involucradas en esta lucha. He aprendido mucho con ellas y una de las mayores satisfacciones de mi vida ha sido compartir la celebración de la Consulta por la Sanidad con los miles de voluntarios que la organizamos y con casi un millón de personas que votó para exigir una sanidad de gestión pública, de calidad y universal. La lectura de los resultados de esta consulta en la Puerta del Sol, junto con Olga Lucas, la compañera de José Luis Sampedro, en compañía de miles de activistas, ha sido de los momentos más intensos y emocionantes de mi vida. Son innumerables las entidades involucradas, por lo que voyan por delante mis disculpas a los que no se vean citados en este artículo.

La Marea Blanca viene desarrollando una intensa actividad que se despliega a muchos niveles: difusión en redes sociales e Internet, manifestaciones, concentraciones, acciones de desobediencia, recogida de firmas, consulta ciudadana, acciones judiciales, influencia en los debates y programas políticos, aparición en los medios de comunicación... A continuación paso a enumerar algunas de las acciones más destacadas.

Una de las actividades que periódicamente se vienen celebrando en Madrid es una manifestación en defensa de la sanidad, que se celebra los terceros domingos de cada mes. El pasado 21 de septiembre de 2014 se produjo su vigésima tercera edición¹³¹, focalizando la protesta en esta ocasión contra la retirada del *Real Decreto-ley 16/2012* que acabó con la sanidad universal en nuestro país, como ya hemos detallado anteriormente. La organización, apoyo y difusión de estas movilizaciones está a cargo de muchas organizaciones, que se turnan en estas responsabilidades. Entre ellas, la Plataforma Asamblearia de Trabajadores y Usuarios por la Salud (PATUSALUD)¹³², la Mesa en Defensa de la Sanidad Pública de Madrid¹³³ (de la que forman parte numerosas entidades, con un papel destacado de los principales

¹³⁰ eldiario.es (18/11/2012): Una ‘marea blanca’ inunda Madrid en defensa de la sanidad pública (http://www.eldiario.es/politica/blanca-Madrid-defensa-sanidad-publica_0_70343072.html).

¹³¹ 20minutos (21/09/2014): La 23ª Marea Blanca denuncia que Madrid “deja sin cobertura sanitaria a 900.000 personas” (<http://www.20minutos.es/noticia/2244156/0/marea-blanca/real-decreto/hospital-carlos-iii/>).

¹³² Plataforma Asamblearia de Trabajadores y Usuarios por la Salud (PATUSALUD) (<http://www.patusalud.es/>).

¹³³ Mesa en Defensa de la Sanidad Pública de Madrid (<http://mesaendefensasantidadpublica.wordpress.com/>).

sindicatos del sector sanitario de la Comunidad de Madrid), la Asociación Madrileña de Enfermería Independiente (AME)¹³⁴, la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM)¹³⁵ y muchas más. La celebración de estas manifestaciones de la Marea Blanca tiene la virtud de visualizar públicamente la protesta y la movilización, uniendo a toda la ciudadanía en la calle, aprovechándose para poner el acento en algún aspecto concreto en defensa de la sanidad.

Otra entidad que viene realizando una continua labor de difusión, denuncia y movilización, desde el año 2004, es la Coordinadora Anti-Privatización de la Sanidad Pública de Madrid (CAS Madrid)¹³⁶. Así, por ejemplo, una de sus últimas campañas está dirigida a que los pacientes rechacen ser atendidos en los centros sanitarios privados y exijan ser atendidos en los públicos. Y para ello, ha elaborado una "Guía del paciente para evitar ser derivado a un centro privado"¹³⁷.

Otra entidad que viene haciendo una buena labor de análisis y crítica es el Observatorio Madrileño de la Salud, compuesto por numerosos ayuntamientos, sindicatos, asociaciones profesionales y entidades sociales, que elabora informes. El último de ellos es el cuarto informe, de junio de 2014, titulado "El éxito de las movilizaciones y las nuevas estrategias privatizadoras"¹³⁸.

La desobediencia civil a las normas que impiden la atención de los inmigrantes irregulares es otras de las acciones importantes desarrolladas por la Marea Blanca. Es especialmente destacable a este respecto el movimiento ciudadano "Yo Sí, Sanidad Universal"¹³⁹, por el que usuarios y trabajadores del Sistema Nacional de Salud acompañan a los inmigrantes para que sean atendidos, visibilizan y denuncian las consecuencias de la falta de sanidad universal, exigen la derogación del *Real Decreto-ley 16/2012* y articulan la objeción de conciencia de los profesionales a esta norma, para organizar,

¹³⁴ Asociación Madrileña de Enfermería Independiente (AME) (<http://asociacionenfermeriamadrid.wordpress.com/>).

¹³⁵ Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM) (<http://www.asociacionfacultativos.com/>).

¹³⁶ Coordinadora Anti-Privatización de la Sanidad Pública de Madrid (CAS Madrid) (<http://www.casmadrid.org/>).

¹³⁷ CAS Madrid [21/09/2014]: Madrid: Guía del paciente para evitar ser derivado a un centro privado (<http://www.casmadrid.org/index.php?idsecc=documentos&id=175>).

¹³⁸ Observatorio Madrileño de la Salud (junio de 2014): Cuarto informe. "El éxito de las movilizaciones y las nuevas estrategias privatizadoras" (http://www.coomadrid.es/comunes/recursos/14/1857231-Ver_informe.pdf).

¹³⁹ Movimiento "Yo Sí, Sanidad Universal" (<http://yosisanidaduniversal.net/>).

sostener y proteger la desobediencia civil de profesionales y usuarios con el fin de mantener la atención sanitaria. Otra entidad que también se ha destacado por defender la atención a los inmigrantes irregulares y la sanidad universal es Médicos del Mundo, con la campaña que promueven bajo el lema "Derecho a curar"¹⁴⁰ y su comparecencia en el Congreso de los Diputados el 19 de junio de 2013 para informar del impacto de la aplicación del *Real Decreto-ley 16/2012*¹⁴¹.

Una acción de movilización que tuvo un impacto social muy grande fue la Consulta por la Sanidad¹⁴², en la que ejercí como abogado, además de estar implicado en labores de difusión y prensa. Esta consulta ciudadana contó con el apoyo de numerosas organizaciones sociales, profesionales, sindicales y políticas. Se celebró del 5 al 10 de mayo de 2013¹⁴³ y estuvieron involucrados en su organización unos 20.000 voluntarios, poniendo mesas de votación en las calles y plazas en 105 municipios de la Comunidad de Madrid. Participaron en la consulta 951.975 personas y a la pregunta "¿Está usted a favor de una sanidad de gestión pública, de calidad y universal, y en contra de su privatización y de las leyes que lo permiten?", el 99,4% respondió "Sí", un 0,4% votó "No" y un 0,1% votó en blanco. Esta acción supuso una deslegitimación total del proceso privatizador de los hospitales y centros de salud madrileños, pues se puso en evidencia que la Comunidad de Madrid estaba actuando en contra de la voluntad de los madrileños. Además, sirvió para aumentar la concienciación sobre la defensa de la sanidad y que la Marea Blanca tomara un nuevo impulso para seguir con la lucha. Los resultados de la consulta fueron trasladados a algunas instituciones y en plenos de ayuntamientos madrileños se forzaron debates y resoluciones en relación con la defensa de la sanidad pública.

Además, también se dan acciones para luchar contra la sobremedicación y la corrupción en el sistema sanitario. A este respecto, es de destacar la Plataforma NoGracias (PNG)¹⁴⁴, que es una asociación civil, sin ánimo de lucro, cuyo fin último es el de promover y fomentar un sistema de salud democrático y al servicio de la sociedad, esto es, público, sostenible, basado en el mejor conocimiento científico y en el que la transparencia presida la actuación de todos sus agentes. Una de sus últimas acciones ha sido la de

¹⁴⁰ Campaña "Derecho a curar" de Médicos del Mundo (http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.conds/mem.detalle_cn/re/menu.111/id.2550).

¹⁴¹ Comparecencia del Médicos del Mundo en el Congreso de los Diputados, 19 de junio de 2013 (<http://www.congrib.es/Castellano/Noticias/Documents/ATT00036.pdf>).

¹⁴² Consulta por la Sanidad (<http://consultaporlasanidad.org/>).

¹⁴³ El País (14/05/2014): La sanidad pública recibe 924.733 votos de apoyo en Madrid (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/11/actualidad/1368273902_371287.html).

¹⁴⁴ Plataforma NoGracias (PNG) (<http://www.nogracias.eu/>).

fomentar la divulgación del libro de Peter Gøtzsche que hemos citado en un apartado anterior. Otros agentes relevantes en la lucha por una sanidad honesta, basada en la evidencia científica, son el periodista Miguel Jara y el bufete Almodóvar & Jara¹⁴⁵, que realizan una labor constante de denuncia pública y judicial de los abusos de la industria farmacéutica. Cada vez es más conocida esta problemática, pero desgraciadamente no lo suficiente, por lo que resulta muy importante que tomemos conciencia de esta grave realidad, la divulguemos y hagamos lo que esté en nuestra mano para afrontarla.

Finalmente, otras de las líneas de acción más relevantes son las acciones judiciales contra las privatizaciones. A este respecto, la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM) convocó un día de "no huelga" el 12 de febrero de 2013¹⁴⁶, para que los profesionales, en vez de hacer huelga y perder el dinero de ese día, lo donaran para pagar a abogados que desarrollasen acciones judiciales contra las privatizaciones. Los abogados se contrataron y actuaron y, tal y como se ha detallado en el apartado anterior sobre el ataque al derecho a la salud que suponen las privatizaciones, el TSJM paralizó cautelarmente la privatización de seis hospitales madrileños. Este hecho, unido a la gran movilización social en defensa de la sanidad pública, finalmente dio el brazo a torcer de la Comunidad de Madrid, que desistió de continuar con ese proceso privatizador y el Consejo de Sanidad dimitió.

A pesar de esta gran victoria, el deterioro de la sanidad pública en Madrid y toda España sigue adelante, pues los ataques continúan. Por ello, la lucha sigue de norte a sur, de este a oeste, cueste lo que cueste. Como decimos en la Marea Blanca: la sanidad pública no se vende, se defiende. Y como no nos rendimos, seguiremos adelante hasta conseguir que el derecho a la salud sea respetado y tengamos Estados sociales y democráticos en los que se respeten los derechos humanos.

¹⁴⁵ Periodista Miguel Jara y el bufete Almodóvar & Jara (<http://www.migueljara.com/>).

¹⁴⁶ El País (12/03/2013): Un día de "no huelga" de médicos para pagar la vía judicial contra la privatización (http://caaa.elpais.com/caaa/2013/02/12/madrid/1360700425_463331.html).

LA APLICACIÓN DE LA LEY DE DEPENDENCIA

JOSÉ ANTONIO MONTILLA

Granadako Unibertsitateko Konstituzio Zuzenbideko katedraduna /
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LAPAD) ha querido suponer un hito en la construcción del Estado social en España, presentándose como el cuarto pilar del Estado del bienestar, junto a la educación, la sanidad y las pensiones. La ley pretende garantizar el derecho universal de todos los españoles a ser atendidos por los poderes públicos cuando no puedan valerse por sí mismos, más allá de la familia o el mercado. El objeto de la ley, según su artículo primero, es *“regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y a la atención de las personas en situación de dependencia”*. Por un lado, reconoce un derecho subjetivo de la ciudadanía a la atención pública de las situaciones de dependencia; por otro, prevé un sistema para hacerlo efectivo: el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), organizado en tres niveles de protección (mínimo, acordado y adicional) con diversa intervención de las distintas administraciones públicas y distinguiendo diversos grados según la capacidad del dependiente para valerse por sí mismo (gran dependencia, grado III; dependencia severa, grado II; y dependencia moderada, grado I).

Por razones presupuestarias, dada la importante inversión requerida, la ley prevé una implantación gradual y progresiva de los servicios y las prestaciones en un amplio periodo de tiempo que se ha extendido tras diversas modificaciones legislativas hasta julio de 2015. Por tanto, deberíamos estar culminando la implantación del sistema previsto en la ley y, en consecuencia, iniciando el periodo de plena aplicación. Sin embargo, no es así. En el X Dictamen del Observatorio sobre la Dependencia, de enero de 2013, se distinguen cuatro etapas en el proceso de implantación y aplicación de la LAPAD. La primera sería de inicio y desconcierto. Transcurre desde diciembre de 2006, fecha de aprobación de la ley, hasta un año después. Se caracteriza por advertir la complejidad de su puesta en funcionamiento ante la diversidad de administraciones implicadas y el complicado encaje del nuevo sistema previsto en la ley en las preexistentes estructuras de los sistemas autonómicos de servicios sociales. La segunda fase abarcaría desde el inicio de 2009 hasta el final de 2010 y se caracteriza por el desarrollo frenético del sistema de atención a la dependencia previsto en la Ley (solicitudes, valoraciones, Plan Individual de Actuación, etc.), alcanzado su aplicación a 735.000 beneficiarios. A continuación, se desarrolla durante 2011 la fase de ralentización y estancamiento tanto en el número de beneficiarios como en el de solicitudes y valoraciones de dependientes. Finalmente, la legislatura que se inicia en la práctica con el año 2012 constituye la etapa de retroceso y demolición. En ella se recorta el presupuesto para

la dependencia y, con ello, los servicios y las prestaciones. Y no por meras actuaciones fácticas, sino en aplicación de las modificaciones legislativas aprobadas¹⁴⁷.

Asistimos en la actualidad, según quienes han hecho el seguimiento continuo de la aplicación de esta ley desde su aprobación, a la “demolición” del sistema de atención a la dependencia. En este contexto, se pretende revisar en estas páginas los elementos básicos de la ley y su crisis, para plantear algunas propuestas en relación con el futuro del Sistema de Atención y Ayuda a la Dependencia (SAAD) como un avance social que debemos considerar irreversible más allá de la coyuntura económica.

En este sentido, nos centramos, en primer lugar, en los rasgos de esta ley desde distintas perspectivas. En concreto, el reconocimiento de un derecho subjetivo de ciudadanía (2.1), el debate competencial sobre a quién corresponde desarrollar el sistema (2.2) o la propia complejidad de la implantación del SAAD (2.3). Luego nos adentramos en las consecuencias de la crisis económica para el desarrollo del sistema, haciendo hincapié en la coincidencia de la aplicación con la crisis económica (3.1), las modificaciones legislativas *in peius* (3.2), las limitaciones en la aportación del Estado (3.3) o la distinta aplicación territorial por las CC. AA. (3.4).

Con estos presupuestos podemos abordar las perspectivas de futuro a partir del actual colapso del sistema (4.1). En este sentido, más allá de los cambios referidos a la financiación (4.2) o a la importancia del acuerdo político y territorial (4.3) e incluso a la necesidad de culminar el proceso de implantación con la eliminación del “limbo de la dependencia” (4.4), nos detenemos en las características del modelo al que debe tenderse si consideramos que su ajetreada implantación ha producido una cierta indefinición.

2. LOS RASGOS BÁSICOS DE LA LAPAD

2.1. El reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo de ciudadanía

Ya hemos apuntado antes que la LAPAD conlleva el reconocimiento de un “derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” (art. 1.1), esto es, garantiza la atención a las personas que por razón de edad, enfermedad o

¹⁴⁷ L.A. Barriga Martín, M.J. Brezmes Nieto, G.A. García Herrero, J.M. Ramírez Navarro, *Informe sobre el desarrollo y evaluación territorial de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, X Dictamen del Observatorio de la Dependencia*, 2013 (enero), p. 3.

discapacidad necesitan la ayuda de otras para realizar actividades básicas de la vida diaria.

Es conocido que la asistencia social no tiene en la actualidad los rasgos tradicionales de atención graciable para supuestos marginales con escaso peso en el conjunto del gasto de protección. Se ha extendido paulatinamente a nuevas situaciones de necesidad planteadas por la ciudadanía en el marco del Estado social de Derecho. No presenta, por tanto, un carácter residual ni extraordinario vinculado a la discrecionalidad de su otorgamiento. Se advierten, por el contrario, diversos sistemas de servicios sociales para la prestación de servicios públicos que garantizan derechos sociales de carácter prestacional.

En este sentido, la LAPAD reconoce a toda la ciudadanía derechos de prestación vinculados a la función asistencial que los poderes públicos se comprometen a asegurar determinando sus condiciones materiales de ejercicio y la organización administrativa necesaria para hacerlos efectivos.

Los titulares de los derechos previstos en la ley son las personas sometidas a una situación de dependencia por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad. Estas circunstancias ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial hacen que precisen de la atención de otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria y, con ello, se impide su plena autorrealización individual en el ámbito social.

La atención personal y ayuda a la dependencia constituye, en fin, un nítido avance en política social no tanto por las prestaciones y servicios que prevé, en muchos casos ya existentes, sino porque los configura como un derecho subjetivo.

2.2. Las administraciones que deben satisfacer el derecho

Una vez apuntado en qué consiste este derecho subjetivo de ciudadanía, conviene detenerse someramente en la compleja cuestión de quién debe satisfacerlo.

La atención a las situaciones de dependencia se ubica desde una perspectiva competencial en materia de asistencia social. Compete, por tanto, a las comunidades autónomas con carácter exclusivo, conforme al art. 148 de la Constitución. En este sentido, prácticamente todas las CC. AA. han aprobado durante el proceso de desarrollo autonómico leyes de servicios sociales y otras leyes sectoriales con el fin de hacer efectivo este derecho a la asistencia social como un derecho subjetivo pleno.

En este contexto, la actuación del Estado se había limitado a la suscripción de convenios de colaboración con el objeto de aportar fondos a las CC. AA. para que estas desarrollen programas sociales en ejercicio de sus competencias y, en su caso, a la participación en la distribución de esos fondos en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. Así, en el supuesto que aquí nos ocupa, el año 2005, justo el año anterior a la aprobación de la LAPAD, el Estado dotó un fondo de 50 millones de euros para que las CC. AA. realizaran proyectos dirigidos a la atención de personas dependientes y en 2006 ese fondo se elevó hasta los 200 millones de euros.

Sin embargo, la LAPAD supone un cambio cualitativo en este acercamiento competencial. Con ella, el Estado pretende configurar un sistema autónomo de atención a las situaciones de dependencia de carácter estatal, con el fin de garantizar una igualdad básica en el ejercicio de este derecho subjetivo de ciudadanía en todo el Estado. Lo hace con el fundamento constitucional del art. 149.1.1 CE, que permite al Estado regular *“las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos”*. No es asistencia social “interna”, al no integrarse en el sistema de Seguridad Social, ni externa, al condicionarse la competencia exclusiva de las CC. AA. Constituye, por tanto, una situación singular. Pretende articular un sistema de protección social de las situaciones de dependencia *“referido al país en su conjunto”* (STC 146/1986) en el que participa la Administración General del Estado, pero también lógicamente las administraciones autonómicas. De los tres modelos de protección de la dependencia existentes en Europa –protección universal y financiación mediante impuestos (países escandinavos, Holanda); protección a través de la Seguridad Social (Alemania); y modelo asistencial dirigido a ciudadanos carentes de recursos–, la LAPAD se inserta en el tercero, pero con rasgos singulares en cuanto tiene carácter universal y es garantizado por el Estado en su nivel básico de protección.

Con esta ley se cuestiona la reclamación autonómica de todo el espacio de protección social que no sea socialmente asegurador o contributivo. Es la consecuencia de la evolución de la asistencia social, de la superación de la idea de beneficencia o ayuda social por la concepción de derecho social de carácter subjetivo y naturaleza prestacional. En el primer sentido atendía a situaciones de necesidad como red asistencial de última ratio y su reconocimiento tenía un carácter discrecional. Sin embargo, en cuanto derecho subjetivo, debe garantizarse la igualdad básica en todo el Estado en el ejercicio de los derechos prestacionales derivados de la atención a las situaciones de dependencia, de lo que deriva la competencia estatal.

En cualquier caso, esa competencia del Estado para *“garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales”* (STC 251/2006, FJ 11) no excluye,

como es lógico, la competencia autonómica derivada de la materia "asistencia social". De ahí el sistema de atención a las situaciones de dependencia que se configura en la LAPAD. Se establece, en primer lugar, un nivel básico o mínimo de protección que debe ser igual en toda España y, en ese sentido, es garantizado por el Estado y sus recursos económicos son fijados anualmente en los Presupuestos Generales del Estado (art. 9.2 LAPAD). En segundo lugar, se prevé un nivel acordado entre la Administración General del Estado y las CC. AA., que deberá ser establecido a través de un acuerdo anual y articulado mediante convenios bilaterales con determinadas condiciones económicas para garantizar la contribución de las respectivas CC. AA. Finalmente, un nivel de protección adicional que corresponde en exclusiva a las CC.AA.

En la práctica plantea, por tanto, una concurrencia competencial del Estado y de las CC. AA. que requiere, para su adecuado funcionamiento, un desarrollo de los mecanismos de cooperación interadministrativa. De ahí la creación del Consejo Territorial de la Dependencia, órgano esencial para el desarrollo del SAAD. Estamos ante una auténtica innovación en el ámbito de las relaciones intergubernamentales. El consejo cumple funciones como cauce de participación autonómica en las decisiones del Estado y como marco para la colaboración voluntaria del Estado con las CC. AA. Sin embargo, más allá de esto, la ley le atribuye funciones decisorias en ámbitos de competencia autonómica, aunque por ello los representantes de las CC. AA. son mayoría. Así, le corresponde acordar las condiciones y las cuantías de las prestaciones económicas del sistema; establecer el baremo en el que se basa la valoración de las situaciones de dependencia; fijar los criterios básicos del procedimiento de valoración y las características de los órganos de valoración; o adoptar los criterios en relación con la participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones o de los servicios¹⁴⁸. Todas estas decisiones se incorporan al ordenamiento a través de un real decreto, pues los acuerdos del consejo territorial carecen de eficacia normativa directa.

En definitiva, refleja la voluntad de acuerdo, de desarrollo concertado del sistema previsto en la ley. Es necesario el acuerdo. Este consejo territorial, con su peculiar procedimiento de producción normativa reglamentaria para el desarrollo de la LAPAD, es lo más parecido que existe en nuestro ordenamiento a lo que debería ser un senado territorial en el que se refuerce la cohesión, no solo territorial, sino también social y la lealtad entre los distintos actores, necesaria para su adecuada aplicación.

¹⁴⁸ S. González Ortega, *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, Consejo Económico y Social, p. 47.

2.3. La compleja implantación técnica del SAAD

Tras lo expuesto hasta aquí, pueden comprenderse bien las dificultades anejas a la implantación del SAAD previsto en la LAPAD. Como sabemos, para garantizar el ejercicio del derecho se configura un modelo de atención integral al ciudadano presentado en la ley como un sistema en el que, más allá de hacer posible la colaboración entre las administraciones públicas se, prevé una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios públicos y privados concertados. Pero no es fácil constituir y poner en funcionamiento un sistema de protección social para garantizar derechos prestaciones a más de un millón de personas, aun cuando se valga en muchos casos de servicios sociales preexistentes en el ámbito autonómico. De ahí el amplio plazo para la implantación priorizando su aplicación a los beneficiarios de una situación de dependencia más grave. Desde 2007 recibían atención las personas reconocidas como dependientes en el grado III (gran dependencia); en el periodo entre 2008 y 2011 se incorporaron al sistema las personas valoradas de dependencia severa (grado II); y las valoradas en grado I (dependencia moderada) debían incorporarse entre 2012 y 2012, pero se han ido demorando en virtud de diversas previsiones legislativas, a las que hacemos referencia después, y hasta el momento ni siquiera se ha iniciado esta incorporación.

Hemos indicado, en primer lugar, que estamos ante un sistema al margen de la Seguridad Social. Esto no solo plantea problemas de financiación y sostenibilidad, sino que además ofrece menor estabilidad al depender de las aportaciones económicas del Estado y las CC. AA. y cuando estas no se producen, el sistema entra en crisis, como ocurre en la actualidad, sin que existan mecanismos efectivos para garantizar estas aportaciones. Pero además tiene otro efecto notorio: la jurisdicción competente no será la social, sino la contencioso-administrativa, con lo que ello conlleva de menor agilidad procesal, más retrasos en la resolución de los conflictos y menos garantías para los demandantes. Si había alguna duda sobre ello, así lo ha establecido la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la jurisdicción social. Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento efectivo del derecho a la prestación por dependencia exige un triple procedimiento administrativo: el de reconocimiento de la situación de dependencia, en el que se resuelve sobre el grado de dependencia y los derechos que le corresponden; el de elaboración del Plan Individual de Actuación (PIA), en el que se determinan las prestaciones o servicios que resultan idóneos para la persona y, finalmente, el de adjudicación de la concreta prestación o servicio. Son tres resoluciones administrativas que deben ser susceptibles de impugnación tanto en la propia vía administrativa como, en su caso, en la jurisdiccional.

Incluso ha debido ser creada *ex novo* la propia normativa para la implantación del sistema, con el fin de regular los aspectos nodales del SAAD a través de un procedimiento concertado en el seno del consejo territorial. Si repasa-

mos la LAPAD, encontramos un acuerdo sobre criterios, recomendaciones y condiciones mínimas de los planes de prevención de las situaciones de dependencia (art. 21); el acuerdo sobre criterios comunes de composición y funcionamientos de los órganos autonómicos de valoración técnica de la situación de dependencia de los demandantes (art. 27.1); el acuerdo sobre los criterios básicos del reconocimiento de la situación de dependencia y sobre las características comunes de las comisiones correspondientes y de los técnicos profesionales que las componen (art. 28.5); el acuerdo sobre la fijación de los criterios para la aplicación de las previsiones de la ley en materia de copago para su ulterior concreción en convenios relativos al nivel acordado (art. 33.3); el acuerdo sobre la fijación de los criterios comunes para la acreditación de los centros y para los planes de calidad del SAAD (art. 34.2); el acuerdo sobre las garantías de calidad de los centros y servicios del SAAD (art. 34.3); el acuerdo sobre formación y cualificación y profesionales y otros cuidadores (art. 36); el acuerdo sobre objetivos y contenidos de las informaciones a aportar por cada administración al sistema ministerial de información interna del SAAD vinculado a los contenidos de la ley (art. 37.1); y, en fin, el acuerdo sobre la promoción de un plan integral de cuidado para los dependientes menores de 3 años (disposición adicional 13.3). Y junto a estos acuerdos previstos en la ley, se han adoptado en la práctica otros que abarcan prácticamente todos los aspectos necesarios para la aplicación de la ley desde la intensidad de las prestaciones económicas y de servicio a la situación de los cuidadores no profesionales.

Se nos presenta un sistema complejo de servicios y prestaciones económicas. Así, para satisfacer el derecho se prevén una serie de servicios, en concreto, teleasistencia, ayuda a domicilio, centro de día y de noche y atención residencial. Y si no es posible dotar de estos servicios al dependiente, se prevén prestaciones económicas, esto es, se asigna una cuantía económica con carácter excepcional o subsidiario para hacer efectivo ese derecho. Están previstas, en este sentido, la prestación vinculada al servicio, la de asistencia personal y la de cuidado familiar que, como veremos, pese al carácter excepcional, se ha convertido en la vía más utilizada para hacer efectivo el derecho.

3. LA INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA APLICACIÓN DE LA LAPAD

3.1. La coincidencia del periodo de la implantación del SAAD con la crisis económica y financiera

Al abordar la cuestión de la incidencia de la crisis económica que nos asole en la aplicación de la LAPAD debemos partir de una premisa obvia. La implantación del SAAD tiene un importante coste económico tanto para el

Estado como las CC. AA. Aunque se adapten las estructuras de servicios sociales, especialmente autonómicas, para atender a las necesidades del sistema, supone un importante incremento del gasto social. Tengamos en cuenta que las prestaciones otorgadas en España en 2008 fueron 449.415, mientras que en 2012 se elevan ya a 959.903. Por ello, el gasto social en dependencia se incrementa también de forma exponencial. Suponía un 0,32 del PIB en 2003 o 0,44% en 2009, mientras que en 2010 alcanza el 0,64%¹⁴⁹. Por ello, es evidente que la situación de crisis económica que padece España desde 2008 debía incidir necesariamente en la aplicación de la ley. Lógicamente, las medidas adoptadas para reducir el déficit de las distintas administraciones tendrían que afectar también a la aplicación de la LAPAD.

La clave está en valorar si esa incidencia conlleva simplemente una ralentización del proceso de aplicación, de la implantación del sistema en definitiva, en cuanto los recursos son temporalmente más limitados, o si, por el contrario, con motivo de la crisis se cambia el modelo previsto en 2006 por considerarlo insostenible, no solo en el presente, sino también en el futuro, al responder a un modelo social culturalmente superado¹⁵⁰. A nuestro juicio, el proceso seguido ha sido doble. Por un lado, se han modificado normativamente algunos rasgos del sistema, que lo hacen diferente pero no desvirtúan lo fundamental: el reconocimiento de un derecho subjetivo de carácter prestacional y configuración legal que no puede quedar al albur de la situación financiera coyuntural. El problema fundamental es que se han dejado de aportar los fondos necesarios para su funcionamiento, por lo que asistimos a la pérdida de eficacia material o efectividad de los servicios y prestaciones previstos en la ley por la ausencia de fondos para sufragarlo, lo que provoca el colapso del sistema. Esta es la situación que pretendemos exponer en estas páginas.

3.2. Las modificaciones legislativas in peius de la LAPAD

A partir del año 2010 se empiezan a introducir cambios normativos que inciden en la aplicación de la LAPAD. Su exponente fundamental es el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de junio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, aunque también encontramos cambios que afectan a la aplicación de la ley en las correspondientes leyes de presupuestos para 2012 y 2013 o en los reales decretos 1050/2013 y 1051/2013.

¹⁴⁹ S. González Ortega, cit. p. 53.

¹⁵⁰ Una argumentada defensa de esta segunda posición puede consultarse en G. López Casasnovas, *La Ley de Autonomía y Dependencia. Un análisis crítico y recomendaciones para mejorar su aplicación futura*, Documentos de Trabajo CRES-Fundación Caser, 3, marzo 2011 o G. López Casasnovas y C. Nicodemo, *La reorientación de la Ley de Dependencia para una nueva agenda*, Documentos de Trabajo CRES-Fundación Caser, 4, 2011.

En algunos casos, estamos ante meros retrasos en la aplicación de algunas previsiones de la LAPAD. Así, la entrada en vigor del SAAD para el grado I, dependencia moderada, con el reconocimiento de prestaciones se ha retrasado en diversas ocasiones. Estaba previsto para 2012, pero teniendo en cuenta el número de beneficiarios con las consecuencias de tipo económico y organizativo que conlleva, se ha retrasado la posibilidad de solicitar el reconocimiento primero hasta 2014 (Real Decreto-ley 20/2011 y Ley 2/2012, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para 2012¹⁵¹) y luego hasta julio de 2015 (Real Decreto-ley 20/2012). De esta forma, la completa aplicación de la LAPAD resulta aún incierta, pues no es descartable que esa incorporación al sistema de los dependientes moderados no se produzca al considerarse que, al tratarse de una afectación menor, puede ser atendida por las estructuras privadas o familiares o se puede asumir de forma personal el propio cuidado.

Más alcance tiene, sin duda, la suspensión del nivel acordado del SAAD, pues afecta derechamente a uno de los elementos nodales de un sistema que, como sabemos, se sustenta en un nivel de protección mínimo establecido y financiado por el Estado para garantizar la igualdad, un nivel acordado o concertado por el Estado con cada una de las CC. AA. a través de convenios bilaterales en los que se fijan las prestaciones y la forma de financiarlas (art. 32 LAPAD), y un nivel adicional de protección financiado en exclusiva por las CC. AA. Pese a tratarse de una suspensión, no de la derogación del art. 7.2 LAPAD, se hace de forma indefinida. Así, en los Presupuestos Generales del Estado de 2012 y 2013 se ha suspendido de forma integral la aportación del Estado por razones de emergencia financiera. No ha habido convenios ni compromisos de dotación anual para este nivel acordado. Precisamente estamos ante el supuesto de más difícil articulación competencial en cuanto suponía la inmisión estatal en el espacio competencial autonómico a través de convenios bilaterales y ahora es abandonado voluntariamente por el Estado. Con ello se limita el carácter intergubernamental del sistema a favor de una actuación vertical de carácter unilateral, esto es, el carácter concertado del modelo al que hacíamos referencia anteriormente se suspende y asistimos a una actuación yuxtapuesta de las distintas administraciones: el Estado, que debe hacerse cargo del nivel mínimo, y las CC. AA., a las que corresponde asumir tanto el nivel acordado como el adicional, en su caso.

Pero lo más relevante es que la suspensión de la aportación del Estado al nivel concertado sitúa en una situación difícil a las CC. AA. como admi-

¹⁵¹ En la Ley de Presupuestos para 2012 no solo se impide la entrada en el sistema de dependientes en grado moderado que no hayan presentado la solicitud, sino también la de aquellos que, habiendo sido valorados, aún no se les había reconocido el derecho.

nistraciones competentes para la gestión del sistema. Ese nivel acordado venía prestándose con anterioridad con la colaboración financiera del Estado y ahora, al retirar dicha aportación, las CC. AA. se hallan ante un dilema irresoluble: si retiran las prestaciones y servicios reconocidas a los beneficiarios que no pueden sufragar sin el apoyo del Estado estarían vulnerando un derecho subjetivo formalmente reconocido; si sufragan no solo su parte sino también la del Estado, asumen un importante riesgo para su propia estabilidad presupuestaria en un contexto de control y reducción del déficit aún más exigente que el previsto para la Administración General del Estado y con el riesgo de incurrir en las sanciones previstas en la LO 6/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, ante el incumplimiento de los objetivos de estabilidad que incluye, incluso la coerción estatal del art. 155 CE¹⁵².

Además de lo anterior, se han introducido otros cambios siempre en la línea de reducción de costes, con la consecuente limitación de prestaciones y servicios, especialmente a partir de las exigencias europeas de limitación del déficit público en 2010. Así, el Decreto Ley 8/2010 modifica la disposición final primera, tres, para establecer que el derecho se genera con el acto formal de reconocimiento del derecho. Esto significa que el mero retraso en ese reconocimiento va a conllevar una reducción de costes, aunque se dice también que si transcurren seis meses entre solicitud y reconocimiento el derecho a la prestación se genera al cumplirse ese plazo.

Pero es el Real Decreto-ley 20/2012 el que tiene una mayor incidencia en el modelo de protección de la dependencia. Sin pretender ser exhaustivos, pueden enumerarse los siguientes cambios: a) se ha eliminado la distinción de niveles dentro de los grados, en principio para lograr mayor simplificación y agilidad en la valoración de las situaciones de dependencia, aunque ha supuesto la paralización de casi todas las solicitudes de revisión de nivel, con el consiguiente abaratamiento de los costes del sistema; b) se ha elevado la posibilidad de copago que puede abarcar hasta el 90% de la prestación; c) se han establecido nuevas incompatibilidades entre las prestaciones, que se pueden percibir de forma que las prestaciones económicas del SAAD (vinculadas al servicio, de asistencia personal o de cuidado familiar) serán incompatibles entre sí; d) se han reducido las horas de atención según los grados de dependencia en la prestación de asistencia personal, pretendiendo una definición más precisa de su función.

Una mención específica merecen, por último, los cambios introducidos por el Real Decreto-ley 20/2012 sobre la posición de los cuidadores no profesionales en el marco de la prestación económica a cuidadores del entorno

¹⁵² La salida abrupta del Estado de la cofinanciación del nivel concertado ha significado que las CC. AA. dejan de ingresar 283 millones de euros.

familiar (PECEF). El presupuesto es la existencia de cierto recelo en relación con esta prestación económica en cuanto, por un lado, se ha expandido su aplicación hasta alcanzar el 50% de las prestaciones reconocidas y, por otro, no existe control efectivo sobre el uso real de estas prestaciones económicas. En este sentido, las modificaciones van en la línea de hacer menos atractiva la figura, aunque no para potenciar los servicios profesionalizados, sino para reducir el coste económico de esta prestación y, en consecuencia, reducir los costes del sistema.

En primer lugar, se reduce el montante de la PECEF. Por un lado, solo podrá percibirse desde que se produzca el reconocimiento del derecho, sin ningún alcance retroactivo atendiendo a la fecha de solicitud o incluso a la fecha de reconocimiento formal del derecho. Es evidente que con ello se favorece la mala praxis de los retrasos en la tramitación de los expedientes, pero también que supone un importante ahorro para las CC. AA. Incluso se establece que los efectos económicos quedan suspendidos dos años desde el reconocimiento del derecho, por lo que en la práctica se garantiza que en los dos años siguientes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 no se incrementará el coste global de estas prestaciones económicas, sino que disminuirá. Por otro lado, se reducen directamente las cuantías a percibir mensualmente por estos cuidadores no profesionales del entorno familiar hasta en un 15% de la efectivamente reconocida e incluso disfrutada. La reducción se incrementa para los reconocimientos futuros de este derecho en un 10% adicional hasta alcanzar cifras de pura beneficencia¹⁵³.

En segundo lugar, el Real Decreto-ley 20/2012 ha alterado también de forma notable la protección social de estos cuidadores. La LAPAD había previsto convenios especiales con la Seguridad Social para integrarlos en el sistema y que tuvieran derecho a determinadas prestaciones. Sin embargo, ahora estos convenios se convierten en voluntarios y las cotizaciones corren exclusivamente a cuenta del cuidador no profesional del entorno familiar. Ha sucedido en la práctica lo que podía preverse: la salida del sistema de la Seguridad Social de estas personas con ingresos muy reducidos que no suscriben el convenio para ahorrarse la cotización a riesgo de su protección social¹⁵⁴.

Además, en esta misma línea, en 2013 se ha introducido la exigencia de atención previa, esto es, la exigencia de haber estado prestando la atención durante el año previo a solicitar la ayuda, con excepciones tasadas y justificadas.

¹⁵³ 387,64 euros para el nivel III, 268,79 para el nivel II y 153 euros para el nivel I.

¹⁵⁴ En julio de 2012 había 179.829 cuidadoras familiares (pues el 94% son mujeres) dadas de alta en la Seguridad Social y en junio de 2013 hay únicamente 19.054.

3.3. La reducción drástica de la aportación del Estado al SAAD

De lo dicho hasta aquí puede deducirse que las modificaciones legislativas en el contexto de la crisis económica no pretenden un cambio en el modelo, sino reducir sus costes y limitar las aportaciones de las distintas administraciones. Desde esta perspectiva, puede decirse que lo que efectivamente ha alterado la aplicación del modelo hasta hacerlo insostenible es la reducción de la aportación del Estado aduciendo el equilibrio presupuestario, lo que conlleva, en su envés, el traslado de la obligación de su sostenimiento a las CC. AA.

La LAPAD establece que las aportaciones de las CC. AA. debían alcanzar el mismo montante que las del Estado, de forma que el SAAD fuera financiado al 50% por ambas administraciones. En concreto, según el art. 32.3, la aportación de la comunidad autónoma a la financiación del SAAD debe ser como mínimo igual a la del Estado, incluyendo la financiación del nivel mínimo. Pretende garantizar con ello la contribución financiera de las CC. AA. en un sistema que en su concepción inicial era articulado y financiado fundamentalmente por el Estado. Sin embargo, la situación en la práctica es justamente la inversa. La aportación del Estado como nivel mínimo de protección al sistema que gestionan las CC. AA. no alcanza el 50% de las prestaciones realmente existentes y las CC. AA. no pueden reducirlas, pues más allá de la voluntad política, se trata de servicios y prestaciones reconocidos como derechos a los beneficiarios. De hecho, según el XII Dictamen del Observatorio de la Dependencia, de enero de 2014, la aportación del Estado al SAAD en 2013 ha constituido el 20% del coste total, apenas algo más de lo que aportan los propios beneficiarios (19%) y prácticamente la mitad de lo que aportaba el Estado en 2009. Por su parte, las CC. AA. asumen ya en la actualidad el 60% del coste del sistema¹⁵⁵. Parece claro que el Estado está incumpliendo de forma flagrante la LAPAD.

La cuestión ha entrado en un momento crítico en el año 2013, cuando el Gobierno del Estado ha comprometido ante la Unión Europea un recorte de 1.108 millones de euros en dependencia cuando la cantidad incluida en los Presupuestos Generales del Estado para ese año era menor (1.087 millones). Esto significa que el Estado pretende retirarse completamente de la financiación de esta ley, lo que convierte el SAAD en absolutamente inviable. No parece solo una decisión llevada por la situación económica, sino directamente una decisión política.

Asistimos a un desequilibrio evidente entre lo que aportan las CC. AA. y lo que aporta el Estado al SAAD. Incluso más allá de la retirada del nivel acor-

¹⁵⁵ Los datos en L.A. Barriga Martín, M.J. Brezmes Nieto, G.A. García Herrero, J.M. Ramírez Navarro, *XII Dictamen del Observatorio de la Dependencia*, enero 2014, pp. 21-22.

dado por parte del Estado, se advierte que la financiación estatal para el nivel mínimo, que debe garantizar la igualdad básica de todos los españoles, se aleja cada vez más del coste efectivo de las prestaciones económicas y los servicios que perciben estas personas. Ello significa que las CC. AA. están cubriendo también ese nivel mínimo con la diversificación que ello conlleva. Por tanto, la actitud del Estado está poniendo en cuestión la propia razón de ser de la ley: la garantía de un nivel mínimo de protección de las situaciones de dependencia igual en toda España.

3.4. La diversa aplicación territorial del SAAD por las comunidades autónomas

Pero cuando nos referimos a las CC. AA. en sentido genérico no estamos siendo precisos, pues de la misma forma que existe un desequilibrio entre las aportaciones del Estado y las de las CC. AA., también es evidente el desequilibrio entre las diversas CC. AA., lo que dificulta a su vez el adecuado funcionamiento del SAAD¹⁵⁶.

En realidad, cada comunidad autónoma tiene un modelo de organización de prestaciones propio en el que se priorizan unas en perjuicio de otras bien por razones estrictamente económicas, de menor coste o atendiendo al aprovechamiento de los servicios sociales preexistentes. No obstante, al margen de las prestaciones y servicios concretos, se advierte una gran diversidad en la aplicación efectiva del modelo que da lugar en la práctica a 17 modelos con el riesgo la garantía de la igualdad, especialmente ante el repliegue del Estado. El problema lo plantean determinadas CC. AA. que no han desarrollado la Ley de Dependencia o presentan evidentes deficiencias en su gestión. Es necesario que asuman también su responsabilidad en el desarrollo de la ley en cuanto es una cuestión que depende más de la voluntad política que del entorno socioeconómico¹⁵⁷.

No obstante, la diversidad de modelos puede favorecer la comparación y la consiguiente emulación, pues las iniciativas de un territorio pueden ser trasladadas y aplicadas en otro territorio, especialmente cuando existe un

¹⁵⁶ Incluso dentro de la propia comunidad autónoma se pueden advertir diferencias en la gestión del modelo. Así lo destaca el Ararteko en relación con los tres territorios históricos del País Vasco en su informe extraordinario sobre *La aplicación de la ley de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia en la CAPV de 2011*, pp. 418-419.

¹⁵⁷ Un criterio de referencia puede ser el porcentaje de personas beneficiarias de prestaciones respecto al total de la población, que en un desarrollo homogéneo del sistema debería ser similar. Sin embargo, en junio de 2013 se advertían importantes diferencias entre el 2,51% de Cantabria, el 2,44% de Castilla y León, el 2,16% de La Rioja o el 2,10% de Andalucía, entre las que más están aplicando la LAPAD, y el 1,22% de Madrid, el 0,88% de Islas Baleares, el 0,78% de Valencia o el 0,55% de Canarias, entre quienes no lo están haciendo.

adecuado intercambio de información¹⁵⁸. El Consejo Territorial de la Dependencia puede cumplir esta función, una vez que se ha integrado con la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. En cualquier caso, siempre debe quedar un margen para la diversidad, pues las distintas CC. AA. pueden plantear modelos algo diversos por motivos que van desde su geografía, su estructura social a razones de carácter puramente ideológico que llevan, por ejemplo, a una distinta relación entre lo público y lo privado en el desarrollo del modelo.

4. EL FUTURO DE LA APLICACIÓN DE LA LAPAD

4.1. Un sistema en situación de colapso

Tras lo dicho hasta aquí, se puede entender bien que el SAAD se encuentra actualmente en una situación de colapso. A partir especialmente de la aplicación del Real Decreto-ley 20/2012 se ha reducido el número de beneficiarios tanto por los fallecimientos como por la salida del sistema de numerosos hipotéticos beneficiarios; se amplían los plazos para recibir atención, sin que en algunos casos (dependientes moderados) haya garantía de que esta se produzca; se recortan las prestaciones económicas ya reconocidas; y se reduce el presupuesto de una forma drástica.

En cualquier caso, parece claro que en todos los supuestos el origen del retroceso es económico. Para poner de nuevo en marcha el sistema en condiciones adecuadas se precisan decisiones de política económica, en definitiva, la aportación de fondos por parte del Estado para garantizar el nivel mínimo y reiniciar la aplicación del nivel concertado. Los cambios normativos dificultan la aplicación del sistema hasta hacerle perder en la práctica su efectividad, pero no lo han derogado o sustituido por otro. Ciertamente, la situación actual se diferencia nítidamente de la idea con la que fue concebido, pues la suspensión del nivel concertado ha limitado de forma muy importante las posibilidades de relación intergubernamental e incluso al no cubrir el Estado siquiera el nivel básico de protección de la dependencia, tampoco hay garantía alguna de la igualdad en el ejercicio de este derecho subjetivo de ciudadanía en todo el Estado, es decir, están en cuestión los dos pilares sobre los que se asienta la LAPAD. En todo caso, se puede mantener la esperanza en cuanto el retroceso no es irreversi-

¹⁵⁸ En el trabajo sobre *La aplicación de la ley de dependencia en España*, al que hemos hecho referencia, se utiliza como pauta para otras CC. AA. el modelo de Navarra por las siguientes razones: tiene como base un acuerdo social de responsabilidad entre agentes sociales y el gobierno navarro dentro de los programas de cohesión social en la comunidad; se introduce un principio de flexibilidad basado en la diferencia entre ámbitos rurales y urbanos; se refuerza el papel de las entidades locales de forma que se garantiza la cercanía de los servicios al ciudadano; se promueve la atención en el domicilio; se refuerza la profesionalidad de los cuidadores; y se coordinan las distintas políticas de protección social.

ble, pues un incremento de la aportación económica por parte del Estado podría garantizar la igualdad en el nivel mínimo e impulsar de nuevo la colaboración interadministrativa. En verdad, el desmantelamiento formal del SAAD y la regresión a la situación anterior de 2006 parece improbable. Es cierto que de mantenerse en el tiempo la situación actual de inanición las consecuencias para el SAAD serán irreversibles. Por ello, es urgente que se incrementen de nuevo los recursos económicos aportados por el Estado y se produzca la efectiva incorporación de algunas CC. AA. Hay buenas razones para defender un sistema que, aun aplicado en un contexto económico complejo, ha dado atención a un millón de personas, más allá de incorporar la dependencia a la agenda política. En ese sentido, nuestra propuesta en defensa del SAAD, en definitiva, en defensa del cuarto pilar del Estado del bienestar en un contexto en que la parte álgida de la crisis económica parece haberse superado, se sustenta en cuatro retos: en primer lugar, la incorporación de cambios en la forma de financiar el SAAD; en segundo lugar, la adopción de un acuerdo territorial y político que garantice la implicación de todos los actores; en tercer lugar, la culminación de la implantación del modelo de forma que se conozca de forma definitiva el coste del sistema; y finalmente, en cuarto lugar, la modulación en el modelo tendencial de la Ley 39/2006 para definir de manera definitiva cuál es el modelo de protección de la dependencia que sostenemos en España.

4.2. El cambio de criterio en el modelo de financiación

Solventar el problema de la financiación del sistema es nodal. Se pueden plantear soluciones definitivas que supongan un cambio en la configuración. Así, resulta posible la incorporación del SAAD a la Seguridad Social, como ocurre en Alemania o Austria, de manera que resulte financiado mediante las cotizaciones de trabajadores y empresarios. En cualquier caso, más allá de la necesidad de prever la forma de cubrir las necesidades de protección social de quienes no coticen a la Seguridad social, estaríamos trasladando el problema a esta, poniendo en riesgo la viabilidad del sistema de pensiones como principal componente de gasto de la Seguridad Social al incorporar un sistema que precisa una ingente cantidad de recursos económicos¹⁵⁹.

En otro sentido, asumido que la carga fundamental del sistema corresponde a las CC. AA., parece necesario plantearse la incorporación de la dependencia al modelo de financiación autonómica, al igual que la sanidad y la educación. Estaríamos ante una vía no coyuntural, como son los convenios bilaterales, y que por tanto no queda sometida a las emergencias financieras del Estado.

¹⁵⁹ Esta sería la "opción natural", según B. Suárez Corujo, "Dependencia y Estado autonómico. El encaje competencial del Proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", *Relaciones Laborales*, 14, 2006, p. 67.

Pero más allá de estos cambios estructurales, desde una perspectiva más funcional, debe valorarse positivamente el cambio de criterio para la financiación establecido en el Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la LAPAD. Hasta ese momento el Estado financiaba el nivel mínimo de protección garantizado en función del número de personas beneficiarias. Se aportaba por cada una de ellas la cuantía que fuera aprobada anualmente en función del grado y nivel reconocidos. Esto significa que no se tenía en cuenta el coste real y efectivo de un determinado servicio o prestación económica. Con el nuevo criterio, de aplicación progresiva hasta 2018, se pretende financiar en función de los servicios efectivamente prestados y no en función del grado o nivel de dependencia de cada persona. De esta forma se está favoreciendo a quienes apliquen la LAPAD de forma más adecuada, prestando más servicios e incurriendo, por tanto, en mayor gasto. Según los cálculos del Observatorio de la Dependencia, ya en 2014, primer año de implantación del sistema, las siete CC. AA. que más prestaciones ofrecen obtendrán incrementos en la parte del nivel mínimo que reciben de la Administración General del Estado que puede llegar al 5%, mientras que las diez restantes verán disminuida la aportación estatal¹⁶⁰. En este sentido parece apuntar el modelo en la línea de reforzar los servicios frente a las prestaciones económicas a partir de dos elementos destacados por el Observatorio de la Dependencia. En primer lugar, los territorios que prestan más servicios incurrir en un mayor gasto autonómico y parece lógico que se compense. En segundo lugar, estas CC. AA. en las que prevalecen los servicios generan una mayor aportación al conjunto por la vía de los retornos directos, indirectos e inducidos de esta actividad¹⁶¹.

De cualquier forma, no podemos soslayar que el problema de fondo de la financiación es la reducción de la aportación del Estado. Por ello, la forma en que se reparte tiene una importancia relativa, pues mientras no se incremente seguiremos ante un modelo insostenible para las finanzas autonómicas.

4.3. Acuerdo territorial y político sobre la aplicación de la LAPAD

En este momento, cuando el SAAD está en regresión en cuanto a su financiación, que depende de unas haciendas autonómicas para las que supone una carga insostenible, resulta necesario un pacto de Estado por la depen-

¹⁶⁰ Cit. pp. 27-29.

¹⁶¹ Cit. p. 28. En cualquier caso, apunta el riesgo de que se produzca el denominado "efecto Mateo", de manera que algunos de los territorios que peor han gestionado y se encuentran con mayor población desatendida vean además reducida su financiación y les resulte aún más difícil ponerse al día en atenciones. En cualquier caso, esa compensación debería producirse a través del nivel acordado del SAAD (cit. p. 29).

dencia, un acuerdo de Estado que incorpore los distintos actores políticos y los territorios, del que resulte un compromiso para la aplicación efectiva de la LAPAD con las modificaciones que se consideren convenientes.

Se trata de evitar que sigan ensanchándose las diferencias entre territorios, mayores aún con el nuevo modo de financiación al que hemos hecho referencia. También resulta imprescindible en este plano garantizar que el Estado cubra completamente el nivel mínimo. El sistema nació con el objetivo de garantizar un nivel mínimo básico y homogéneo de protección para todos los ciudadanos. En este sentido es un fracaso, pues las diferencias entre CC. AA. se amplían hasta extremos inadmisibles al depender su financiación de las CC. AA. con una aportación mucho menor por parte del Estado.

A partir de ahí se trata de superar su funcionamiento yuxtapuesto y retornar a la acción concertada en el marco del consejo territorial, recuperando el nivel acordado. Resulta preciso mejorar la coordinación entre las distintas administraciones, retornando a la senda de los acuerdos y convenios y, en definitiva, al trabajo integrado. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el Real Decreto-ley 20/2012 ha creado un nuevo consejo territorial de servicios sociales y del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, en el que se ha refundido el anterior consejo territorial con la conferencia sectorial de asuntos sociales (disposición adicional 9ª). El nuevo consejo puede cumplir una función relevante en el sentido apuntado, pues amplía sus competencias más allá del SAAD para abarcar el conjunto de servicios sociales de competencia autonómica. De esta forma puede evitarse un riesgo también apuntado a menudo, cual es que la dependencia cope los presupuestos de acción social, dificulte las posibilidades de respuesta social, someta a estrés a los servicios sociales autonómicos y les impida desarrollar otras políticas de acción social.

4.4. La culminación de la implantación del SAAD

En tercer lugar, también resulta conveniente culminar la implantación del sistema, con el fin de que resulten estabilizados los datos sobre el coste real del mismo. En la actualidad se ha reducido hasta eliminarse la entrada de nuevos beneficiarios. Es la consecuencia de las distintas medidas restrictivas incorporadas fundamentalmente por el Real Decreto-ley 20/2012, desde los cambios en el baremo que han endurecido las condiciones hasta la suspensión temporal de determinadas prestaciones¹⁶².

¹⁶² Según el XII Dictamen del Observatorio de la Dependencia, mientras entre 2007 y 2009 el saldo neto de entrada de solicitudes anual superaba las 350.000, en 2012 y 2013 ese saldo neto anual se ha reducido apenas a las 15.000. Cit. p. 5.

Por tanto, el número de beneficiarios del SAAD parece estabilizado, incluso se advierte un descenso de las personas con grado III (gran dependencia) como consecuencia de los cambios en el baremo, las bajas por fallecimiento o las revisiones de grado de oficio. No obstante, permanecen pendientes dos retos: a) la incorporación de los dependientes moderados y b) la eliminación del “limbo de la dependencia”.

a) En el primer sentido, siguen sin incorporarse al sistema los dependientes moderados. Como se ha dicho, ya este retraso fue determinado primero por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, y luego por el Real Decreto-ley 20/2012, que retrasa el acceso al derecho de protección de la dependencia para estas personas hasta julio de 2015. Existe el riesgo de que queden definitivamente fuera del sistema. Sin embargo, frente a ello, procede sostener su incorporación siquiera paulatina empezando por las prestaciones más funcionales a su situación, cuales son las preventivas y de promoción de la autonomía personal y la económica de asistencia personal para actividades de educación, de trabajo o de participación social.

b) En el segundo sentido, el “limbo de la dependencia” está formado por aquellas personas que tienen reconocido el derecho tras la correspondiente valoración, pero que aún no lo pueden ejercer por depender de la puesta en marcha de un servicio que apoye su autonomía o que no reciben la prestación sustitutiva del servicio. A finales de 2013 eran 190.503 personas las que se encontraban en esta situación, pues el número de beneficiarios reconocidos era de 944.345 personas, pero recibían algún tipo de prestación o servicio 753.842¹⁶³.

En los últimos años se ha producido una reducción notoria de las personas en esta situación, pues en 2011 eran 305.491. Sin embargo, esa reducción no se ha producido por el incremento de las prestaciones, sino que simplemente se ha causado baja antes de recibir atención. Ello se ha producido por la pérdida del derecho a recibir atención derivado del Real Decreto-ley 20/2012, especialmente notoria en el caso de los dependientes moderados, o directamente por el fallecimiento antes de recibir la atención. Lo cierto es que el número de personas atendidas se ha mantenido estable, en torno a las 750.000, sin que se haya incrementado por esta reducción del “limbo de la dependencia”¹⁶⁴.

¹⁶³ XII Dictamen del Observatorio de la Dependencia, cit. p. 11.

¹⁶⁴ XII Dictamen del Observatorio de la Dependencia, cit. pp. 11-14. Pese a esta reducción de más de 100 personas, el número de beneficiarios apenas ha variado entre 2011 y 2013. Eran 738.587 a 31 de diciembre de 2011 y son 754.244 a 31 de diciembre de 2013.

4.5. El modelo de dependencia al que se tiende

Finalmente, procede definir el modelo de dependencia que se debería configurar de forma definitiva a partir de este proceso de configuración directamente afectado por la crisis económica.

De la lectura de la LAPAD resulta un sistema que gira en torno a una serie de servicios públicos en cuya prestación puede concurrir también el ámbito privado. Se incorporaban prestaciones económicas con carácter excepcional o sustitutivo, esto es, cuando no podía prestarse ese servicio. Sin embargo, hemos comprobado que el sistema se ha volcado de forma clara en estas prestaciones económicas convirtiendo la excepción en norma, en concreto en una de ellas: la prestación económica para cuidadores del entorno familiar (PECEF), hasta el punto de que aproximadamente la mitad de las prestaciones totales del sistema corresponden a esta prestación económica.

Hemos comprobado que el Real Decreto-ley 12/2012 ha querido limitar el alcance de esta figura. Sin embargo, entendemos que lo ha hecho para reducir los costes del sistema, no porque quisiera implantar un modelo alternativo.

Ciertamente, la PECEF tiene algunos rasgos que la hacen adecuada para nuestro modelo de dependencia, tanto en tiempos de crisis como en cualquier circunstancia. En este último sentido, responde bien a nuestro modelo cultural en el que la aspiración del dependiente es ser cuidado en su casa y por sus familiares o personas de su entorno. También permite que el trabajo de cuidado que realizan las personas de la familia sea remunerado. Pero no podemos olvidar las razones económicas. Es evidente que produce una reducción de los costes del SAAD. Es más económico dar una prestación cada vez más reducida a un cuidador no profesional que la atención en una residencia, así como también es más fácil de organizar.

Sin embargo, es evidente que en nuestro modelo la PECEF está sobredimensionada. De esta forma distorsiona el modelo de atención a la dependencia que quiere articularse sobre los servicios, no sobre las prestaciones económicas, y debe tender a la profesionalización en la prestación de los servicios y en el control sobre el efectivo cuidado al dependiente. Es evidente que la utilización de prestaciones económicas por cuidado cada vez más económicas, propias de la beneficencia y no del mercado de trabajo, dificulta el ofrecimiento de servicios de centros de día, ayuda a domicilio o residencias que presentan un mayor coste al situarse plenamente en el

mercado de trabajo¹⁶⁵. Con ello, además se está impidiendo que el sistema desarrolle su potencial para la creación de empleo.

Por ello, teniendo en cuenta los diversos elementos, el modelo de nuestro SAAD debe partir necesariamente de un familiarismo opcional, en ningún caso obligado en cuanto las familias no tengan la opción de elegir, que no obedezca a razones de reducción de costes, sino de carácter cultural¹⁶⁶. Pero, a su vez, debe configurarse paulatinamente una red de servicios sociales cada vez más tupida que permita cubrir todos los servicios. De esta forma, la utilización de la prestación económica, y en concreto de la red familiar, debe ser inversamente proporcional al desarrollo de una red de servicios de atención a la dependencia que se vaya articulando de forma coordinada por las distintas administraciones públicas. Un familiarismo opcional permite el crecimiento de los servicios previstos en la ley, especialmente el de los centros de día y la ayuda a domicilio¹⁶⁷. En este sentido, el cuidado en el entorno familiar, recuperando unas condiciones dignas, debe cumplir un rol importante en el SAAD, pero este debe articularse sobre una red de servicios sociales públicos o privados concertados, de carácter profesional y con un importante impacto en el mercado de trabajo. Todo ello de forma paulatina y vinculado estrechamente a la superación de las restricciones presupuestarias que atenazan la aplicación de la LAPAD.

¹⁶⁵ A finales de 2012 la prestación económica por cuidado en el entorno familiar la recibía el 54% de los beneficiarios del sistema. Eran 434.438 personas frente a 125.034 que recibían servicios profesionalizados de ayuda a domicilio o 66.068 en centros de día. X Dictamen del Observatorio de la Dependencia, cit. p. 14.

¹⁶⁶ Sobre el "familiarismo opcional", cfr. K. Krüger, E. Jiménez, "La Ley de Dependencia ¿Un cambio en el régimen de bienestar español? Familiarización versus profesionalización", *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, vol. XVII, núm. 436, 20 de abril de 2013.

¹⁶⁷ Op. cit. p. 12.



ararteko

Herriaren Defendatzailea
Defensoría del Pueblo

