



QUIEBRAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO CONSECUENCIA DEL SISTEMA DESCENTRALIZADO DE PRESTACIONES ASISTENCIALES PARA LOS ANCIANOS EN ESPAÑA

BLANCA SORO MATEO *

SOMMARIO: 1. Los perfiles del servicio público de atención a los mayores en la normativa autonómica – 2. Contenido de la normativa autonómica de la tercera edad - 2.1. El objeto de las normas autonómicas generales sobre protección de la tercera edad - 2.2. El ámbito de aplicación de las normas sobre tercera edad. Diferencias de trato y de prestaciones derivadas de la normativa sobre tercera edad. Sobre su admisibilidad o proscripción – 3. Quiebras del principio de igualdad como consecuencia de la instauración de un sistema descentralizado de servicios sociales - 4. Modulaciones que el título competencial exclusivo de las comunidades autónomas sobre asistencia social puede sufrir como consecuencia del principio de igualdad - 5. Nuestra propuesta

ABSTRACT

Las distintas condiciones de acceso a las prestaciones asistenciales de los establecidas por las leyes de las Comunidades Autónomas españolas nos obligan a plantear la posible vulneración del principio de igualdad. En otros ámbitos de actuación administrativa, como es el caso de servicios públicos como la educación o la sanidad, el Estado regula los criterios de admisión a los distintos centros de prestación de servicios.

Carecen de justificación las diferencias de trato en relación al acceso a servicios públicos de competencia autonómica financiados exclusivamente a través de tarifas pagadas por los usuarios. Por el contrario, sí estarían justificadas las diferencias cuando estos servicios públicos son financiados total o parcialmente con cargo a fondos propios de las Comunidades Autónomas. Y lo mismo cabe decir cuando las diferencias de trato se producen en relación con servicios públicos de competencia local.

El estatuto jurídico del anciano viene constituido, además de por los derechos propios de la persona y de los administrados, por una serie de derechos específicos

* Professore Profesora Titular de Derecho Administrativo CEBES Universidad de Murcia.



reconocidos precisamente en razón de la edad y los cuales se encuentran reconocidos y regulados por la normativa autonómica . ¿Puede la normativa autonómica reguladora de la tercera edad incidir sobre los derechos fundamentales de la tercera edad?

1. La Constitución española establece en su art. 50 la obligación de los poderes públicos de garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos durante su tercera edad, a través de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas. Además, y con independencia de las obligaciones familiares, deberán promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderá sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio¹. Se consagra, pues, desde instancias constitucionales, un sistema de asistencia social para la tercera edad, *intuitu personae* y dirigido a garantizar la suficiencia económica y a promover su bienestar, que viene a adicionarse a los sistemas que constituyen el estatuto constitucional de cada uno de los sectores de la sociedad contemplados por la Constitución y compatibles con la propia naturaleza de ésta². Así, el ordenamiento jurídico se ha preocupado de garantizar la protección de la persona y de los bienes de los mayores de manera especial por su frecuente incapacidad. Además, desde instancias constitucionales deviene necesaria la asistencia a aquellos que, además, carezcan de recursos idóneos para su desarrollo y bienestar personal. Se ha de señalar que aunque los deberes tutelares de los mayores se encuentran regulados en el Título X del CC, la normativa administrativa también se ha ocupado de esta cuestión, por lo que hace a la tutela de los mayores legalmente incapacitados. la Constitución Española, al diseñar el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, establece la posibilidad de que éstas asuman como competencia exclusiva la materia de Asistencia social en toda su extensión funcional, esto es, tanto las competencias normativas como las de ejecución o gestión (art.148.1.20^a CE)³. Como veremos, ha sido el legislador autonómico el que en su

¹ Se ha de tener en cuenta, además, que el art. 9 CE recoge como derecho programático de todos los ciudadanos, incluidas por tanto las personas con edad, un nivel de vida digno y de calidad. De este modo se supera el concepto de atención graciable a la tercera edad de otras épocas.

² No es la primera vez que un texto constitucional español confiere un tratamiento especial a las personas de edad. Así, el art. 43 de la Constitución de la Segunda República contempló a los ancianos como necesitados de asistencia estatal junto con los enfermos infancia y mujeres durante la maternidad.

³ Obsérvese que el texto constitucional no menciona expresamente los servicios sociales, los cuales se han de entender implícitos en la asistencia social. Sobre este extremo, *vid.* CASARES, F., “Estudio



normativa sobre la tercera edad ha abordado la regulación de la protección jurídica de los mayores.

Así, algunas Comunidades Autónomas, conscientes del fenómeno social del envejecimiento de la población, han considerado la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado integrador de la problemática de las personas mayores como concreción y en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 50 de la CE, tratando de dar respuestas particulares y homogéneas a los complejos problemas que plantea la protección de este sector de la sociedad para hacer efectivas la igualdad y la libertad. Así pues, la tercera edad ha sido objeto de regulación por la normativa autonómica, de manera que el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de asistencia social ha producido una sectorialización de la propia acción social en este ámbito, habida cuenta de que cada norma confiere a este sector de la población una regulación distinta. Dijimos que ciertas Comunidades Autónomas habían asumido competencia exclusiva de forma expresa sobre tercera edad y que, no obstante, la falta de asunción de competencias sobre este sector concreto no era óbice para proceder a regular esta materia si se contaba con la competencia genérica sobre asistencia social, que la comprende. Así, Las Comunidades Autónomas de Asturias, Extremadura, Canarias, Andalucía y Castilla-León ha dictado leyes generales sobre personas mayores⁴. Otras Comunidades, desde una óptica más parcial regulan aspectos concretos relacionados con los ancianos como la acogida familiar⁵, la financiación de los servicios de la tercera edad⁶ o la organización de la tercera edad⁷. No obstante, también normas sectoriales hacen una especial mención de las personas mayores al hilo de la regulación de otras cuestiones como las normas autonómicas reguladoras del deporte⁸, de los derechos de los consumidores y usuarios⁹ del

Comparado de las Leyes autonómicas de servicios sociales”, en AaVv, *Aplicación de las Leyes de servicios sociales. V Jornadas de estudio*, Acebo Madrid, 1987, pág.41.

⁴ Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección de Ancianos; Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de Asistencia Social Geriátrica; Ley canaria 3/1996, de 11 de julio, de Participación de las Personas Mayores y Solidaridad entre Generaciones; Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores; Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección a las Personas Mayores.

⁵ Leyes catalana 22/2000, de 29 de diciembre y 11/2001, de 13 de julio, que aprueba las Normas Reguladoras de la Acogida Familiar de Personas Mayores; asimismo, el Decreto extremeño 5/2003, de 14 de enero, Decreto asturiano 38/1999, de 8 de julio y Decreto gallego 318/2003, de 26 de junio.

⁶ Ley navarra 17/2000, de 21 de febrero, reguladora de la aportación económica de los usuarios a la financiación de los servicios por estancia en centros para la tercera edad.

⁷ Ley aragonesa 3/1990, de 4 de abril, reguladora del Consejo Aragonés de la tercera edad.

⁸ Diez de las diecisiete Comunidades Autónomas llevan a cabo una especial mención de la tercera edad en sus normas reguladoras del Deporte, en concreto la Ley foral 15/2001, de 5 de julio, Ley



régimen jurídico de las bibliotecas¹⁰ o de los minusválidos¹¹. Asimismo, merece una especial mención la reciente Ley foral 19/2002, de 21 de junio,

Respecto al contenido de las normas específicas reguladoras del servicio social de atención a la tercera edad, como se tendrá ocasión de comprobar, éste resulta ser de lo más variopinto. Así, son objeto de regulación el sistema de protección de los ancianos, las condiciones de apertura, funcionamiento, organización gestión y cierre de centros y servicios, los requisitos de los beneficiarios de cada una de las prestaciones, la capacitación del personal al servicio de los centros, el régimen de precios y financiación de los servicios, los procedimientos de acreditación y registro y los regímenes de inspección y control. Asimismo, este grupo de normas a que nos referimos suele contener lo que en términos generales denominaremos estatuto básico del mayor, esto es, el conjunto de derechos y deberes de una de las partes de la relación jurídico administrativa asistencial.

2.1. Como ya ha sido adelantado, ciertas Comunidades Autónomas, conscientes del fenómeno social del envejecimiento de la población han considerado la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado integrador de la problemática de las personas mayores como concreción y en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 50 CE. De este modo, tratan de dar respuestas particulares y homogéneas a los complejos problemas que plantea la protección de este sector de la sociedad, para hacer efectivas la igualdad y la libertad y, en concreto, facilitar que la persona mayor pueda continuar en su entorno familiar habitual, ofrecer a la familia protección, atención y apoyo y proporcionar a las personas mayores la cobertura residencial necesaria. En consecuencia, tienen en común la declaración de sus objetivos, esto es la regulación de los derechos y sistemas de atención y protección de los ancianos¹² y de las condiciones básicas de los centros y establecimientos

murciana 2/2000, de 12 de julio, Ley cántabra, 2/2000, de 3 de julio, Ley canaria 8/1997, de 9 de julio, Ley riojana 8/1995, de 2 de mayo, Ley extremeña 2/1995, de 6 de abril, Ley castellanomanchega 1/1995, de 21 de febrero, Ley asturiana 2/1994, de 29 de diciembre, Ley aragonesa 4/1993, de 16 de marzo y Ley castellanoleonésa 9/1990, de 22 de junio.

⁹ Ley castellanoleonésa 11/1998, de 5 de diciembre, Ley balear 1/1998, de 10 de marzo, y Ley catalana 3/1993, de 5 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁰ Ley castellanomanchega 1/1989, de 4 de mayo.

¹¹ Ley balear 5/1999, de 31 de marzo, reguladora de los perros guía, Ley madrileña 23/1998, de 21 de diciembre, reguladora del acceso de las personas ciegas con deficiencia visual usuarias de perro guía al entorno, Ley valenciana 1/1998, de 5 de mayo, de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de la comunicación.

¹² Cfr. Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección de ancianos (art. 1), Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica (art. 1), Ley canaria 3/1996, de 11



residenciales. No obstante, las normas andaluza, canaria y castellanoleonesa, por otra parte relativamente recientes, profundizan más en los fines a perseguir — permanencia en el entorno familiar, la vida autónoma y la integración social— y en los medios que ha de emplear la Administración para su consecución — sensibilización poblacional, promoción de la solidaridad entre generaciones y de la participación en la toma de decisiones, fomento del movimiento asociativo y control del maltrato y la desasistencia—.

La protección de los derechos de los mayores se erige como uno de los principales objetivos de la normativa administrativa más reciente en materia social. Ha sido el ámbito autonómico el que se ha ocupado de disciplinar esta protección¹³. Así, desde la normativa autonómica sobre la tercera edad se incide de manera especial en la disciplina de la protección jurídica de los derechos de los mayores. En este sentido, resulta ciertamente garantista la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores. En primer término, se encomienda a los poderes públicos la divulgación de información sobre los derechos de los mayores, facilitando así el ejercicio del derecho a la información (art. 13.1) y la garantía de los derechos que les corresponden como consumidores y usuarios (art. 13.9). En segundo lugar, se contemplan medidas jurídicas para prevenir e impedir situaciones de maltrato y desasistencia y para conferir una especial protección en los supuestos en que los ancianos sufren deficiencias (art. 13.2 y 3). En tercer término, el precepto enumera las vías que el ordenamiento jurídico pone a disposición del mayor o de su representante legal para al defensa de sus derechos: demanda de atención, protección o asistencia dirigida a las Administraciones Públicas, puesta en conocimiento de las situaciones que atenten contra sus derechos dirigida a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, queja ante el Procurador del Común y demás medios que reconozca el ordenamiento jurídico (art. 13.4). A continuación establece ciertas obligaciones dirigidas a cualquier persona, a las propias Administraciones Públicas y a los responsables de los centros residenciales en orden a poner en conocimiento de las autoridades competentes situaciones de maltrato u otra vulneración de los derechos de los ancianos, expoliación de su patrimonio e incluso concurrencia de circunstancias determinantes de su incapacitación (arts. 13.5, 6 y 7). Por último, el precepto establece la prohibición legal de ingreso residencial sin que

de julio (art. 1), Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores (art. 1) y Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril (art. 1). Asimismo, puede verse el Decreto vasco 41/1998, modificado por el Decreto 195/2006, de 10 de octubre.

¹³ La Ley canaria 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y solidaridad entre generaciones dedica su título III a la protección de los derechos de los mayores. Asimismo, la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores en sus arts. 4 a 15 y la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección de las personas mayores, en sus arts. 42 a 44.



conste fehacientemente el consentimiento del mayor (art. 13.8). Sobre la fehaciencia del consentimiento, como requisito *sine qua non* del ingreso, hemos de hacer las siguientes consideraciones. En primer término, la norma no exige un consentimiento expreso, lo único que establece es que éste sea fehaciente, esto es, que no deje lugar a dudas de su concurrencia; luego no estaría prohibido, en principio, un consentimiento tácito o implícito.

Por otra parte, la Comunidad Autónoma de Asturias ha creado una figura inédita hasta el momento, en el panorama organizativo de la Administración de la tercera edad. En efecto, la Ley 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección de ancianos crea la figura del *Letrado Defensor del Mayor*, según su propio Preámbulo, para reforzar las garantías de unas personas que *se encuentran, a menudo, amenazadas en una sociedad con los valores de la productividad excesivamente despiertos y los de la solidaridad a menudo adormecidos* (Título IV, arts. 17-21).

Se trata de un órgano administrativo adscrito funcionalmente a la Consejería de sanidad y encuadrado orgánicamente en el servicio jurídico de la Comunidad¹⁴. De entre las funciones que se le encomiendan destaca el ejercicio de la acción pública en defensa del anciano, en todos los casos en que la legislación penal y procesal lo permitan (art. 17). Asimismo, de oficio o a instancia de parte, ejercerá cuando proceda la defensa legal de los intereses y derechos de los ancianos y colaborará y apoyará al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal¹⁵.

Los arts. 19 y 21 disciplinan la dinámica de las reclamaciones dirigidas al Defensor del Anciano que la propia Ley califica de procedimiento. El *iter* responde a las siguientes fases del Procedimiento Administrativo Común.

La Iniciación corresponderá a toda persona natural o jurídica que acredite un interés legítimo relativo a situaciones de *lesión de los derechos de las personas ancianas* a las

¹⁴ Según el art. 17 de la Ley 7/1991, de 5 de abril, sería elegido, mediante convocatoria pública, entre letrados que acreditaran especial prestigio y conocimiento en materia de Derecho de familia y protección social. Este precepto ha sufrido una modificación importante mediante la Ley 2/1998, de 26 de noviembre. Por lo que a la provisión de dicho órgano respecta, las características esenciales del puesto, los requisitos exigidos para su desempeño y la forma de provisión serán las que se determinen en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario al servicio de la Administración del Principado de Asturias (artículo único).

¹⁵ Otras funciones de este órgano se encuentran enumeradas en el art. 18 de la Ley de referencia. Por lo que hace a la función de velar porque a las personas que hayan sufrido disminución de su capacidad psíquica se les garantice la efectiva tutela de sus intereses, la norma dispone que éste se encontrará legitimado para requerir a la dirección del establecimiento la comunicación de los supuestos en que una persona ingresada sufra una evolución de su capacidad o estado psíquico de la que podía deducirse una pérdida de su facultad para discernir y, por tanto, crea incapacidad para gobernar sus actos, al objeto de que este hecho se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.



que se refiere la Ley. Puede advertirse cómo, entre los sujetos legitimados, puede encontrarse cualquier persona ligada con el anciano por relación de parentesco, vecindad o amistad, cualquier institución de voluntariado, voluntario no institucionalizado, responsable o trabajador de un centro de atención primaria o residencia e incluso el propio anciano. En cuanto al objeto de la queja, éste puede deducirse sistemáticamente de otros dos elementos, la legitimación activa y las funciones atribuidas por la Ley a este órgano. Por lo que hace a la legitimación, de la configuración de esta puede deducirse que el contenido de la queja podrá consistir en la puesta en conocimiento del órgano de una situación de vulneración de un derecho de una persona anciana recogido en la Ley (art. 19). No obstante, se observa cierta discordancia con lo que al respecto dispone el art. 18.f, que al enumerar las funciones que se atribuyen al Defensor del anciano incluye el recibir las quejas de los ciudadanos relativas a situaciones de lesión de los *derechos fundamentales de las personas ancianas, proclamados en el Título I de la Constitución*.

No obstante, la pretensión objeto de la queja puede ser más amplia, y no consistir exclusivamente en poner en conocimiento del órgano esta situación de vulneración de derechos de los ancianos. Así, en virtud del art. 17 de la Ley, el órgano puede ser instado a ejercitar la acción pública en defensa del anciano y a ejercer, si así procede (procedencia sobre la que al menos se deberá de pronunciar), cualquier medida de defensa legal de los intereses y derechos de los ancianos¹⁶.

En cuanto a la forma de la queja, ésta se presentará firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellidos y domicilio, en escrito razonado (art. 20.1). La Ley, además, condiciona la presentación de la misma al plazo máximo de un año, a partir del momento en que el interesado tuviere conocimiento de la situación de lesión de los derechos del anciano. No se entiende muy bien la subordinación a este plazo de la posibilidad de denunciar estas situaciones a través de las reclamaciones a que se refiere la Ley, habida cuenta de que los plazos de prescripción de las infracciones a que se refiere la ley por vulneración de algunos derechos por ésta reconocidos de los ilícitos penales en podría haberse incurrido como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales superan, con creces, dicho plazo. En cuanto al lugar de presentación, sólo se alude a la posibilidad e utilizar los buzones de quejas que por prescripción del art. 7 de la Ley se colocarán en todo establecimientos residencial para ancianos sito en el territorio del Principado de Asturias, público o privado y concertado o financiado parcialmente con recursos públicos o no. A este

¹⁶ Recuérdese que el precepto dispone expresamente que éste órgano administrativo estará *encargado de ejercitar la acción pública en defensa del anciano en todos los casos en que la legislación procesal y penal lo permita, así como ejercer, cuando proceda, cualquier medida de defensa legal de los intereses y derechos de los ancianos, tanto de oficio como a solicitud de parte*.



respecto habrá que estar, además, a lo dispuesto en la LRJAP y PAC sobre el modo y lugar de presentación de escritos.

Una vez admitida a trámite la reclamación¹⁷, el procedimiento finalizará con una decisión administrativa que, según dispone el art. 20.5 de la Ley, *no será objeto de recurso*. Puede que sea ésta la cuestión más controvertida de la regulación que la Ley asturiana confiere al procedimiento para la tramitación de reclamaciones en relación a situaciones de vulneración de los derechos de los mayores. La referencia a la prohibición de recurso, a nuestro juicio, ha de ser bien entendida y, en este sentido, debe considerarse que lo que la Ley trata de señalar es que las decisiones o resoluciones de este órgano ponen fin a la vía administrativa. Un entendimiento distinto, nos llevaría a afirmar la existencia de actos administrativos sobre los que no fuese posible control jurisdiccional, lo cual resulta absolutamente incompatible con nuestro ordenamiento jurídico (art. 24 CE).

Otra de las carencias de la Ley, en relación con lo anterior, es el establecimiento de plazo máximo con que cuenta la Administración para resolver estos procedimientos, de manera que será de aplicación la regla general de los tres meses establecida en el art. 43 de la LRJAP y PAC. Tampoco se encuentra mención especial relativa al vencimiento de este plazo máximo sin resolver y notificar la resolución, por lo que será de aplicación, de nuevo, el art. 43 de la LRJAP y PAC. Como es sabido, dicho precepto acoge la regla general del silencio positivo salvo las excepciones que prevé el propio precepto o una norma comunitaria o interna de rango legal. Pues bien, ante la inexistencia de estas dos últimas se ha de determinar si este procedimiento encaja en alguna de las excepciones previstas en el art. 43 de la LRJAP y PAC, pues de lo contrario habría que afirmar un silencio positivo. Señala el precepto en cuestión que quedan exceptuados de la regla general del silencio positivo los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el art. 29 de la CE, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el

¹⁷ La Ley se refiere a los motivos de rechazo provisional, rechazo definitivo y suspensión del procedimiento de queja. En concreto, el art. 2.1 precisa que no podrá constituir impedimento para el ejercicio de esta reclamación la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión, o, en general, cualquier relación de especial sujeción o dependencia de una Administración Pública o poder público. Podrá rechazarse la queja por anónima, porque se advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión o aquellas otras cuya tramitación irrogue perjuicio al legítimo derecho de una tercera persona. (art. 20.5). Asimismo, no se entrará al examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpone por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales (art. 20.4).



silencio tendrá efectos desestimatorios. De estos tres supuestos, el que interesa a nuestro objeto, como puede deducirse, es el primero, sobre el que habrá que efectuar una perfecta delimitación respecto del ejercicio de las reclamaciones reguladas en la Ley asturiana 7/1991. En efecto, ¿puede considerarse el ejercicio de estas quejas ante el letrado Defensor del Anciano el ejercicio del derecho fundamental de petición reconocido en el art. 29 de la CE?

Se ha de tener en cuenta que la pretensión, en el caso de la acción positivada por la norma asturiana, encuentra su fundamento en derechos subjetivos, fundamentales o no, de los ancianos y en un interés legítimamente protegido por la Ley en relación a las personas legitimadas para su ejercicio; en cambio, el ejercicio del derecho de petición, dado precisamente su carácter residual, excluye estos supuestos y encuentra su virtualidad, precisamente, cuando no se ostenta ningún derecho o interés legítimo¹⁸.

No encaja, pues, en el supuesto del derecho de petición, pero, no obstante, tampoco, a nuestro juicio, tendrá sentido aplicar el silencio positivo. En suma, el legislador debería haber fijado expresamente el silencio negativo, de manera que se facilitase el acceso a la jurisdicción¹⁹.

Otra cuestión importante sería la diferenciación de esta reclamación respecto de otras figuras afines. Nos hemos referido ya a las peticiones, pero nos resta abordar su distinción respecto de las denuncias. Sobre este extremo, ha de esgrimirse que éstas últimas no requieren la titularidad de un derecho o interés legítimo en el denunciante, a diferencia de lo que exige la Ley asturiana, que limita la legitimación para ejercitar esta reclamación a aquéllos que ostenten un interés legítimo relativo a la situación de lesión de derechos de un anciano. Además, la denuncia carece de petición o queja o sugerencia, propia de esta reclamación, como se argumentó *supra*, y del ejercicio del derecho de petición²⁰.

Otras cuestiones abordadas sobre las que se ha incidido o incidirá a lo largo del presente estudio son el ámbito subjetivo de las prestaciones²¹, financiación de los

¹⁸ En este sentido la STC de 13 de julio de 1998 señaló que el derecho de petición ha de referirse a decisiones discrecionales o graciabiles, no a peticiones con fundamento en derechos subjetivos o intereses legítimos protegidos. Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F. y ALENZA GARCÍA, J.F., *Derecho de petición. Comentarios a la Ley orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 123-124 y ss.

¹⁹ Así, se ha operado, corrigiendo un error inicial, al regular el ejercicio del derecho de acceso a la información en materia ambiental.

²⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, F. y ALENZA GARCÍA, J.F., *Derecho de petición ...*, cit., pág. 132.

²¹ Vid. art. 2 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores; art. 2 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores; art. 2 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas



servicios de atención²², las distintas modalidades de prestación y atención, formal²³ e informal²⁴, la protección económica de ancianos²⁵, la protección jurídica en caso de maltrato, desatención, expoliación patrimonial o ingreso²⁶, la participación en la vida política, social, económica y cultural²⁷, la vivienda y el urbanismo²⁸, la educación y la formación de las personas mayores y la cultura²⁹, el turismo, el ocio y el deporte³⁰. Estas normas incorporan, asimismo, regímenes de autorización, inspección, acreditación de centros y servicios de atención³¹ y un sistema sancionador³².

mayores y solidaridad entre generaciones; art. 1 de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica y 3 de la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril.

²² *Vid.* art. 41 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril, de protección de la tercera edad; art. 22 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio de atención y protección de las personas mayores; Ley foral 17/2000, de 29 de diciembre, que regula la aportación económica de los usuarios a la financiación de los servicios por estancia en centros para la tercera edad; art. 23 de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica; arts. 10-12 de la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección de ancianos.

²³ Arts. 12, 26-34 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; arts. 14-19 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio; arts. 17 y 25 a 33 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio; y arts. 3 y ss de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril

²⁴ El art. 9 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores, que se refiere al apoyo a familiares y cuidadores.

²⁵ *Vid.* Arts. 48 y 49 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril y 39-41 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio.

²⁶ Art. 13 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; arts. 42-y ss. Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio.

²⁷ Arts. 4-6 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores; arts. 20-25 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril.

²⁸ Art. 30 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio.

²⁹ Art. 31-33, 34 y 35 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, 13 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio.

³⁰ Art. 16-19 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; arts. 36-38 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio.

³¹ Arts. 70-71 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; art. 10 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio; art. 36-37 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio; arts. 17-22 y 30-31 de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril; art. 4-9 de la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril; arts. 22-25 de la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril.

³² Art. 50-55 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, 58-69 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; 38-46 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio; arts. 33-35 de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril; arts. 26-36.



2.2 Las normas autonómicas sobre tercera edad establecen, aparentemente, similares ámbitos de aplicación subjetiva, si bien, conviene que nos detengamos en las especialidades que sobre esta cuestión se derivan de cada una de ellas, para indagar si la diferencia de trato resultante de estas eventuales diferencias detectadas pudiera contravenir el principio de igualdad.

En primer término, la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección de ancianos establece, a los solos efectos de obtención de plaza de residente en establecimientos dependientes de la Comunidad Autónoma, y como ámbito de aplicación subjetivo de la misma tres concretos supuestos. Así, se refiere a las personas pensionistas o no mayores de 65, a los pensionistas mayores de 60 y a los mayores de 50 años con incapacidad física o mental y cuyas circunstancias personales, familiares o sociales aconsejen el ingreso. Como requisito adicional a estas tres situaciones y, salvo supuestos excepcionales a los que por cierto no se refiere la norma, es necesario cumplir un período mínimo de residencia en la Comunidad Autónoma, de dos años de antigüedad a partir del día de presentación de la solicitud de ingreso, en los dos primeros casos y de tres años, en las mismas condiciones, para el tercero (art. 3). Lo que cabe achacar a esta norma es la amplia discrecionalidad que deja en manos de la Administración a la hora de apreciar la excepcionalidad que motiva la exención del cumplimiento del requisito de la residencia mínima. Dichas circunstancias excepcionales deberían haber sido tasadas a nuestro juicio en la propia norma.

Por su parte, la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica señala que podrán ser beneficiarios a los efectos de la Ley y, por tanto, tendrán derecho a las prestaciones por ésta previstas, los mayores de 65 años, los pensionistas mayores de 60 y los pensionistas mayores de 50 años, siempre que concurra, en este último caso, incapacidad física o psíquica y cuyas circunstancias personales, familiares o sociales aconsejen el ingreso en establecimiento residencial (art. 1.1.2). Varias precisiones merece la solución dada al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley extremeña. En primer lugar, no se entiende por qué se supedita el derecho a prestaciones diversas y distintas del alojamiento a la apreciación de idoneidad de ingreso en alojamiento residencial, habida cuenta de que determinadas prestaciones que prevé el art. 4.4.1. de la Ley, como la ayuda a domicilio, el transporte subvencionado, la balneoterapia, el turismo social o la prevención y asistencia sociosanitaria también pueden resultar prestaciones idóneas para estas personas mayores de 50 años con deficiencias físicas o psíquicas. Por otra parte, las franjas de edad que fija la norma extremeña coinciden con las vistas en la norma asturiana. Por último, la norma prevé un supuesto excepcional, que se regulará reglamentariamente, que supone la reconsideración de la posibilidad de resultar beneficiario de las prestaciones previstas en la Ley a cualquier residente en Extremadura, extremeño o no, con residencia fija en Extremadura y en estado de extrema precariedad física, de convivencia y de alojamiento, sin establecer límite de edad alguno. Tampoco parece



del todo adecuado desde una correcta técnica legislativa, incluir esta precisión, no por razón de edad, en una norma sobre asistencia social geriátrica.

La Ley canaria 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y solidaridad entre generaciones, ésta lleva a cabo una regulación más exhaustiva y precisa de los sujetos beneficiarios que las anteriores normas. En primer término, exige la condición política de canarios conforme a su Estatuto de Autonomía. Por lo que hace al requisito de la edad a diferencia de las normas vistas, fija éste en 60 años o en la edad prevista para la jubilación conforme a la normativa específica sobre actividades penosas y peligrosas. Además, también incluye en su ámbito subjetivo, al igual que la norma asturiana y extremeña, a los mayores de 50 años con alguna incapacidad física, psíquica o sensorial cuyas circunstancias personales, familiares o sociales así lo aconsejen, sin referirse específicamente a la idoneidad de ingreso, como veíamos en relación con la norma extremeña. Asimismo, y con los mismos requisitos vistos, tendrán la consideración de beneficiarios los canarios emigrantes que regresen a Canarias (art. 2).

En último lugar nos referiremos a la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección de las personas mayores. Tendrán derecho a las prestaciones y servicios previstos en la Ley los mayores de 65 andaluces, conforme al art. 8 del Estatuto de Autonomía, extranjeros, apátridas y refugiados con residencia en algún municipio de Andalucía, conforme a los Tratados Internacionales y, en su defecto, conforme al principio de reciprocidad y personas en estado de necesidad. Además, podrá establecerse reglamentariamente para mayores de 55 años que cumplan alguna de las circunstancias anteriores (art. 2). Quizá esté pensando el legislador en el establecimiento reglamentario del derecho de aquéllos que cumplan la edad de jubilación conforme a la normativa aplicable. Por otra parte, como ha podido deducirse, se trata de la única norma sobre tercera edad autonómica que prevé el elemento de extranjería³³.

Sobre la admisibilidad de diferencias de trato derivadas de la normativa autonómica sobre acción social y sobre las distintas prestaciones sociales a que se tiene derecho en función de la residencia resulta preciso que nos detengamos³⁴. En efecto, constatado el diverso ámbito de aplicación de las diversas normas autonómicas de la tercera edad, habrá que concluir si se trata de diferencias objetivas, razonables y proporcionales en relación con la finalidad de la norma o si, por el contrario, nos encontramos ante una supuesta situación no denunciada vulneradora de los derechos fundamentales de los ancianos, en concreto, del derecho de igualdad.

³³ En similares términos, puede verse el art. 1 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril.

³⁴ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas Madrid, 1994, págs. 157-163; Vaquer Caballería, M., *La acción social ... cit.*, págs. 182-192.



Pemán Gavín considera que las diferencias de trato resultantes de la distinta normativa existente en las Comunidades Autónomas no vulneran el art. 14 CE, en la medida en que son consustanciales con el reconocimiento de competencias normativas y ejecutivas a las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social, reconocimiento que, a su juicio, *conlleva necesariamente la posibilidad de unas opciones distintas en cuanto a los servicios otorgados y a los recursos públicos destinados a la materia, así como también, por supuesto, unas diferencias en los niveles de eficacia de gestión de los servicios*. Ahora bien, Pemán Gavín continúa su argumentación recordando las posibilidades de que dispone el Estado para evitar que las diferenciaciones resultantes lleguen a vulnerar el principio de igualdad, apelando a la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (arts. 149.1.1ª , 149.1.17ª CE), a la previsión de transferencias financieras del Estado a las Comunidades Autónomas para garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en toda la nación (art. 158.1 CE) y la posibilidad excepcional de las leyes de armonización (art. 150). Cosa distinta sería que fuera el legislador estatal el que habilitara a los legisladores autonómicos para establecer dichas diferencias, en cuyo caso, al no derivarse o encontrar amparo en la Constitución —distribución constitucional de competencias— dicha norma estatal incurriría en inconstitucionalidad por contravención del art. 14 CE³⁵.

3. Las distintas condiciones de acceso a las prestaciones asistenciales de la tercera edad establecidas por las leyes autonómicas nos obligan a plantear la posible vulneración del principio de igualdad. En otros ámbitos de actuación administrativa, como es el caso de servicios públicos como la educación o la sanidad, el Estado regula, en su normativa básica sobre estas materias, los criterios de admisión a los distintos centros de prestación de servicios³⁶.

Para Pemán Gavín carecen de justificación las diferencias de trato con relación a servicios públicos de competencia autonómica financiados exclusivamente a través de tarifas pagadas por los usuarios. Por el contrario, sí estarían justificadas las diferencias —art. 14— en supuestos servicios financiados total o parcialmente con cargo a fondos propios de las Comunidades Autónomas. Y lo mismo cabe decir cuando las diferencias de trato se

³⁵ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad ...cit.*, pág. 160 y 204-205.

³⁶ La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad acoge la regla de la adscripción territorial, si bien prevé determinadas excepciones que trascienden el criterio de la residencia como determinante de la posibilidad de acceso a los servicios (art. 15.2). Lo mismo cabe decir en relación con la educación universitaria. Sobre este extremo, *vid.* asimismo, PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad ...cit.*, págs. 160-162.



producen en relación con servicios públicos de competencia local³⁷. El autor considera inconstitucionales las disposiciones que exigieran un período mínimo de residencia o la residencia sin más, con anterioridad a una fecha fija, para el disfrute de un determinado derecho. A su juicio, *se estaría con ello creando una distinción entre dos categorías de ciudadanos —que operaría en principio de forma indefinida— sobre la base de un criterio —la residencia con anterioridad a una determinada fecha— que difícilmente podría calificarse de otra forma que de arbitrario incurriendo, por tanto, en una discriminación prohibida por el artículo 14 CE*³⁸.

El estatuto jurídico del anciano viene constituido, además de por los derechos propios de la persona y de los administrados, por una serie de derechos específicos reconocidos precisamente en razón de la edad y los cuales se encuentran reconocidos y regulados por la normativa autonómica³⁹. Se trata, pues, de derechos de configuración legal, derivados del art. 50 de la CE y que corresponde su regulación a las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.1.20ª y se dirigen, en última instancia, a mantener la posibilidad de que las personas mayores puedan seguir ejerciendo gran parte de sus derechos y libertades. Además, con relación a los derechos incluidos en la sección 2ª del Capítulo II (Título I), las Comunidades Autónomas pueden regular su ejercicio, siempre que respeten su contenido esencial y ostenten competencia para ello. Así lo entiende nuestro TC que apela al art. 149.1.1ª CE como fundamento de su postura; de no ser así entendido a juicio del TC no tendría sentido hablar de condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales⁴⁰. En tercer lugar, ¿puede la normativa autonómica reguladora de la tercera edad incidir sobre los derechos fundamentales de la tercera edad? Pemán Gavín nos ofrece las distintas posturas que pueden ser adoptadas por lo que se refiere a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas incidan en la regulación de los derechos fundamentales. En primer término, cabe entender que, habida cuenta de que la Constitución efectúa una reserva de ley orgánica para la regulación de tales derechos, no cabe su regulación a través de ley ordinaria y en consecuencia sólo el Estado puede proceder a su disciplina⁴¹.

Ahora bien, esta tesis quiebra cuando los derechos fundamentales se encuentran implicados en la regulación de materias sobre las que el Estado y las Comunidades Autónomas comparten la tarea normativa. Esto es, ¿cómo compatibilizar la competencia exclusiva del

³⁷ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad... cit.*, págs. 163 y 178. Cfr. art. 150 del RSCL, que prescribe la igualdad tarifaria posibilitando, no obstante bonificaciones en relación con sectores de la población débiles económicamente.

³⁸ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad... cit.*, pág. 184. Alude también el autor a la contravención del art. 139.2 CE

³⁹ ORTEGA considera beneficiarios del contenido del art. 50 *somos todos los ciudadanos durante la tercera edad ... se trata de unos beneficiarios universales sometidos a una condición suspensiva determinada por el cumplimiento de una determinada edad* (ORTEGA, L., “Contenido constitucional ...cit.”, pág. 866).

⁴⁰ STC 37/1981, de 16 de noviembre

⁴¹ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad ...cit.*, págs. 207 y ss.



Estado sobre materias reservadas a ley orgánica como lo son los derechos fundamentales (art. 81.1 CE) y el reconocimiento de competencias normativas a las Comunidades Autónomas? (art. 148 CE). Puede entenderse que el ámbito material de la reserva de ley orgánica queda restringido por el juego de los arts. 148 y 149 CE, aunque se trata de una cuestión no pacífica en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina⁴².

En tercer término, encontraríamos aquellos supuestos en los que la materia implicada corresponde a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas. Estos casos, no abordados por la doctrina, pueden darse en materia de asistencia social y concretamente por lo que hace a la concreción de los derechos fundamentales de la tercera edad. Nuestra argumentación sirve, desde luego para ampliar, junto con el art. 149.1.1º CE el ámbito de intervención estatal en esta materia, en aras de garantizar un mínimo común que permita la existencia de un sistema común de asistencia social, sin perjuicio de que los sistemas diseñados por cada Comunidad Autónoma se superpongan a éste. En este sentido, un silencio absoluto por parte del legislador estatal podría poner en peligro los derechos fundamentales y suponer una dejación de las responsabilidades derivadas del art. 50, que obligan a todos los poderes públicos⁴³.

Ya ha quedado visto cómo, en la actualidad y como consecuencia del ejercicio de las competencias autonómicas sobre asistencia social, no contamos con un sistema de servicios sociales, sino con tantos como Comunidades Autónomas existen en nuestro Estado descentralizado. A la vista de dicha realidad y desde el punto de vista dogmático, se ha planteado por parte de la doctrina la posibilidad de que las divergencias entre dichos sistemas autonómicos quebranten la incolumidad del principio de igualdad. También, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta problemática desde los inicios de nuestro Estado constitucionalizado, observándose, en su doctrina, cierta evolución en la interpretación del alcance del principio de igualdad en relación con el reconocimiento de la autonomía.

La STC 37/1981 supone un cambio de rumbo en la interpretación constitucional de esta cuestión referida, pues viene a relativizar la necesaria uniformidad de los ordenamientos jurídicos autonómicos en este ámbito, limitando el alcance del mínimo común denominador a la garantía por parte del legislador estatal de la igualdad de derechos y deberes de los ciudadanos en todo el territorio nacional. La locución "igualdad no significa uniformidad",

⁴² Cfr. PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad ... cit.*, págs. 217 y ss. y jurisprudencia allí citada.

⁴³ En palabras de ORTEGA, la explicación de los problemas de la tercera edad, tanto desde la perspectiva de del Estado de las autonomías como desde el concepto de Estado social ha de partir del reparto de la materia asuntos sociales entre los tres niveles territoriales, estatal, autonómico y local y *debe obtenerse, del conjunto de su actuación y de cara a los ciudadanos, un único resultado global que debe estar presidido por el principio de eficacia en la prestación de los servicios públicos.* (ORTEGA, L., "Contenido constitucional ...cit. pág. 865).



tan presente en toda la posterior doctrina constitucional,⁴⁴ es utilizada por primera vez por el TC en esta sentencia (f. j. 2º). Este entendimiento es, asimismo acogido por gran parte de la doctrina, que en este sentido sostendrá que *el término de la comparación para enjuiciar si el trato dado por una norma autonómica contradice el derecho de igualdad (irrazonabilidad o arbitrariedad de la norma) está dentro del propio ordenamiento y no fuera de él*⁴⁵. El cambio de rumbo se producirá a mediados de la década de los noventa. Esto es, a partir de la STC 156/1995 nuestro Tribunal Constitucional comienza a aceptar la diversidad, eso sí, siempre con un mínimo común denominador.

De parte de la doctrina y centrados en el ámbito material que nos ocupa, Alemán Bracho y García Serrano a pesar de afirmar la existencia de *un sistema público de servicios sociales en nuestro país* ponen de manifiesto las desigualdades regionales provinciales y municipales en el ámbito de los servicios sociales y la dificultad que ello supone para la consecución del principio de solidaridad interterritorial⁴⁶. También en el sentido apuntado, Fernández Pastrana puso de relieve las mutaciones que en relación con el servicio público suponía el reconocimiento de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de seguridad social y asistencia social, *ex. arts. 149.1.17ª y 148.1.20ª CE*. Respecto a la Seguridad Social, se refiere concretamente a las mutaciones en la ordenación y en la gestión de los servicios públicos. Además, no se olvida el autor de las variaciones que el Estado de las Autonomías implicaría y de hecho implica en la propia existencia de los servicios públicos y, en concreto, en relación con los servicios públicos sociales. Así, estima el autor que *en el Estado de las Autonomías buena parte de los servicios públicos van a dejar de tener su perfil homogéneo, en función de la*

⁴⁴ Han subrayado la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del art. 149.1.1ª CE, entre otras, las SsTC 37/1987, de 26 de marzo (f.j. 9º), 17/1990, de 7 de febrero (f.j. 17º), 150/1990, de 4 de octubre (f.j. 7º), 186/1993, de 7 de junio (f.j. 3º), 114/1994, de 14 de abril (f.j. 19º), 196/1996, de 28 de noviembre (antecedente 4º y f.j. 1º) y 156/1995, de 26 de octubre (ff.jj. 5º y 6º). Por lo demás, el TS, como advertimos junto con FERNÁNDEZ SALMERÓN en otro lugar, también viene reconociendo relevancia a la diferencia locacional en orden a la justificación del distinto tratamiento jurídico del medio ambiente según la Comunidad Autónoma de que se trate; así, en STS de 17 de enero de 1991 (Arz. 539) (FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y SORO MATEO, B., *La articulación del ordenamiento ... cit.*, pág. 110).

⁴⁵ BAÑO LEÓN, J.Mª, *Las Autonomías territoriales y el principio de la uniformidad en las condiciones de vida*, INAL, Madrid, 1988, págs. 191 y 192. Esta opinión es suscrita asimismo en PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad...cit.*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 195 y ss., para el que éstos planteamientos han de ser resueltos sobre la base del art. 149.1.1ª CE. Por lo demás es esta la opinión de nuestro Tribunal Constitucional, como nos apunta el autor al referirse a las SsTC 76/1986, de 9 de junio, 37/1987, de 26 de marzo, 52/1988, de 20 de marzo, 90/1989, de 11 de mayo, si bien la doctrina del Tribunal Supremo no ha resultado siempre concordante.

⁴⁶ A juicio de las autoras, la existencia de un marco legal básico, constituido, entre otras, por la Ley del Voluntariado y Ley del menor además de por los planes nacionales como el Plan Gerontológico, permite afirmar la existencia de un sistema público de servicios sociales (ALEMÁN BRACHO, C. y GARCÍA SERRANO, M., *Fundamentos de Bienestar Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 219).



distribución de competencias operada entre el Estado y las Comunidades Autónomas; pero, al explicitar las quebras de dicha homogeneidad, sólo alude a la diversificación de la ordenación de la ejecución y de la organización⁴⁷. A nuestro juicio, sin duda resulta más peligrosa la falta de homogeneidad, no por diferencias en la organización y en la ejecución sino en la existencia misma de los servicios sociales. Sobre este extremo se ha aludido al art. 139.1 CE como fundamento constitucional de la homogeneidad de los derechos y obligaciones de los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional.

Cabellos Espiérrez ha estudiado profundamente la operatividad de los arts. 149.1.1º y 139.1 de la CE en relación con los derechos constitucionales, tratando de determinar, entre un amplio abanico de cuestiones, el grado de igualdad exigible en la regulación de los derechos y deberes de los ciudadanos, adoptando una posición intermedia entre la interpretación literal de los preceptos enunciados y la justificación a ultranza de las diferencias atentatorias del principio de igualdad⁴⁸. Por su parte, Pemán Gavín se refiere también al art. 14 CE como marco de referencia adecuado para abordar el problema de las diferencias de trato basadas en la residencia y derivadas de la diversa normativa resultante del ejercicio de las competencias autonómicas sobre asistencia social. Advierte el autor las posibilidades que brinda relacionar la diversidad de soluciones normativas con un derecho fundamental, esto es, la posibilidad de utilizar las vías jurisdiccionales existentes en nuestro ordenamiento para la protección de los derechos fundamentales⁴⁹. Como es sabido, el TC no proscribe las infracciones al principio de igualdad fundamentadas en causas objetivas y razonables, apreciadas éstas en orden a la finalidad de la norma objeto de recurso⁵⁰. La primigenia

⁴⁷ FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., "La seguridad social y el Estado de las Autonomías", *D.A.* núm. 197, 1983, págs. 81-83.

⁴⁸ CABELLOS ESPÉRREZ, M.A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pág. 17 y ss y 27. Existen, no obstante, posiciones radicales en torno a la posibilidad de incidir normativamente por parte de las Comunidades Autónomas en la regulación de derechos y deberes. En este sentido CABELLOS ESPÍERREZ critica la postura de VILLACORTA MANCEBO y de PÉREZ ROYO (VILLACORTA MANCEBO, L., *Reserva de Ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, págs. 99 y ss. y PÉREZ ROYO, J., *El nuevo modelo de financiación autonómica, Análisis exclusivamente constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pags. 16 y ss.).

⁴⁹ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 137 a 150, en especial, pág. 145 y jurisprudencia del TC y del TS allí citada.

⁵⁰ Como estima el TC en STC 90/1995, de 9 de junio,

[...] Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios objetivos y razonables según criterios y juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, "que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos" (STC 176/1993, f.j. 2º). Por lo que, en resumen, se ha dicho que



concepción del principio de igualdad jurídica como sinónimo del principio de universalidad de la ley y por tanto proyectado sólo a la eficacia de la misma ha sido superada por aquella otra, más acorde con el Estado Social, que permite el establecimiento de diferenciaciones para el restablecimiento de la igualdad real.

Pues bien, precisamente el art. 50 ha servido a nuestro alto tribunal para fundamentar diferencias de trato. Así ha entendido en STC 176/1993, de 27 de mayo que [...] el trato más favorable dispensado en la regulación legal a los funcionarios jubilados ... no carece de justificación objetiva y razonable; y la diferenciación resultante es proporcionada a la finalidad de la norma ... en una legislación de carácter tuitivo ... la finalidad de esta preferencia legal es la de permitir que los funcionarios públicos jubilados continúen en la vivienda de la que son arrendatarios; continuidad que se justifica por circunstancias personales como la avanzada edad de los interesados ... el trato más favorable concedido en la regulación legal a los funcionarios jubilados puede encontrar otro fundamento adicional y sobrenadido en el art. 50 CE, que obliga a los poderes públicos a promover el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad y atender a sus problemas específicos, entre ellos el "de vivienda" (f.j. 3º).

4. Se ha de tener en cuenta que el art. 139.1 CE reconoce que *todos los españoles tiene los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte territorio del Estado* y en el art. 149.1 se establece que el Estado tiene competencia exclusiva para regular *las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*". Asimismo, el art. 9.2. CE encomienda a los poderes públicos sin distinción la promoción de las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sea real y efectiva. La STC 13/1992, de 6 de febrero, nos ofrece sistemáticamente cuatro supuestos en que puede resumirse las posibles tachas de inconstitucionalidad de normas estatales, algunos de los cuales sirven de aplicación a nuestro objeto de análisis (f.j. 8º).

Así, un primer supuesto de colisión puede darse cuando el Estado *no invoca título constitucional* alguno y ejercita una competencia normativa y o de ejecución que corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas. En segundo término, nos encontraríamos con los casos en que el Estado ostenta un título genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia o bien ostenta la competencia sobre las bases o coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo y de ejecución. Un tercer supuesto sería aquel en que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución. En este caso,

"el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador (STC 110/1993), fundamento jurídico 4º, y las que en ella se citan) [...] (f.j. 4º).



advierte el TC que el Estado puede extenderse en la regulación de la materia, dejando a salvo la potestad de autoorganización de los servicios. Por último, y es este el supuesto que nos interesa, puede darse el caso de que las Comunidades Autónomas tengan asumida la competencia exclusiva sobre la materia. Se trata de materias sobre las que el Estado sólo podrá incidir, por ejemplo gestionando subvenciones, cuando ostente algún título competencial, genérico o específico sobre la materia, y siempre que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades —en el caso de las subvenciones, de obtención y disfrute— en todo el territorio nacional⁵¹. Es pues, el principio de igualdad, el que modula las posibilidades normativas del Estado, sobre materias que son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Como ha quedado visto, el Alto Tribunal adopta una concepción relativista de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. La peculiaridad de la materia que analizamos radica precisamente en la imposible existencia de intereses autonómico y general. Como ha afirmado el TC en su sentencia 146/1986, de 25 de noviembre, *las medidas públicas de acción y protección social no pueden suponer colisiones de intereses, que siempre serán coincidentes ... en una materia compleja, como la acción y protección social, tan central, además, en un Estado social (a la vista de los principios rectores incluidos en el capítulo tercero del Título I de la Constitución) las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social* (f.j. 5º)

No obstante, el Tribunal Constitucional, en ocasiones, ha apelado al *interés general* como fundamento de la intervención normativa del Estado en materias de competencia autonómica, como si de un título competencial se tratara, no por contraposición al interés particular de cada Comunidad Autónoma en la materia, sino como principal objetivo a conseguir a través de la realización del principio de igualdad⁵². Leguina Villa difiere del principal argumento utilizado en la STC 146/1986 para legitimar el dictado de normas estatales que afecten a la asistencia social. En efecto, en el Voto particular que formula a dicha resolución, a pesar de apreciar el rigor argumentativo de la Sentencia, echa de menos el título competencial que legitima la acción promocional del Estado en materia de asistencia social. A su juicio, aunque no se diga expresamente *la Sentencia viene a sostener que el interés general, entendido como interés estatal, es un criterio suficiente para abrir la disponibilidad (como es el caso que ahora nos ocupa) que la Constitución y los Estatutos han entregado a las Comunidades Autónomas, sin reserva o excepción alguna a favor del Estado*. Frente al parecer de la mayoría, Leguina Villa entiende que los órganos centrales carecen de toda competencia para intervenir unilateralmente en dicha materia, y esta falta de título competencial no puede subsanarse con una apelación al interés general. En consecuencia, si el Estado pretende canalizar sus fondos a acciones de asistencia social, propone, bien la distribución de tales

⁵¹ STC 13/1992, de 6 de febrero (f. j. 8º).

⁵² STC 146/1986.



fondos entre todas las Comunidades Autónomas, o bien la celebración de convenios o acuerdos de colaboración con las Comunidades Autónomas⁵³.

La intervención estatal en el terreno de la asistencia social queda comprendida en el marco que le ofrece el art. 9.2 de la CE, esto es, en la obligación que la Constitución dirige a los poderes públicos de promover la igualdad sustancial del individuo y de los grupos en que se integra —*ad ex*. tercera edad⁵⁴. Así se ha sostenido por parte del TC que las cláusulas genéricas derivadas del art. 1.1 ó 9.2 CE, aunque obligan a todos los Poderes Públicos, corresponden prioritariamente ser cumplidas por quien mayor capacidad de gasto tiene, esto es, al Estado⁵⁵. No obstante este precepto, como tantas otras veces ha señalado el TC no puede considerarse una habilitación para que el Estado pueda vaciar de contenido el diseño constitucional del Estado de las Autonomías⁵⁶.

En relación con estos preceptos enunciados, consagradores, como decimos, del principio de igualdad y sobre las posibilidades que encuentra el Estado de influir normativamente en la materia asistencia social, en este caso por el hecho de invertir fondos propios en una determinada actividad, el TC ha estimado que

[...] La sola decisión de contribuir a la financiación no autoriza al Estado para invadir competencias ajenas que lo siguen siendo, a pesar de la financiación, sino que, aun si estima que lo requiere el interés general, deberá desenvolver su actividad al amparo de una autorización constitucional, y respetando en todo caso las competencias que la Constitución (que se entiende que también ha valorado el interés general) ha reservado a otros entes territoriales ... la persecución del interés general se ha de materializar "a través de" y no "a pesar de" los sistemas de reparto de competencias articulado en la Constitución, pues sólo así podrá coordinarse con el conjunto de peculiaridades propias de un Estado de estructura plural (f.j. 3º)⁵⁷.

A continuación, el Tribunal Constitucional esgrime a favor de la intervención estatal, en materia de asistencia social, el recurrente argumento de la supracomunitariedad, en cuanto a políticas sociales que sólo tengan sentido con relación a todo el país en su conjunto. En efecto, estima el Alto Tribunal que:

⁵³ En este sentido, pueden consultarse las SsTC 95/1986, 152/1988, 201/1988, 75/1989, 188/1989 y 13/1992.

⁵⁴ Cfr. STS (sala 4ª) de 23 de marzo de 1987. El TS señala, en este caso, aceptando el criterio de la sentencia apelada (considerando decimotercero), que frente a las alegadas vulneraciones de los arts. 1, 9, 14, 23, 31, 39, 138 y 149.1.1ª CE, *la igualdad no puede confundirse con uniformidad, y que la falta de esta es perfectamente viable dentro de un Estado complejo como el que elabora la Constitución, según se deriva de sus art. 2, 137 a 158 y concordantes.*

⁵⁵ STC 13/1992, de 6 de febrero.

⁵⁶ En el mismo sentido, *vid.* STS (sala 4ª) de 23 de marzo de 1987).

⁵⁷ STC 146/1986, de 25 de noviembre.



[...] las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos como sucede en particular con los entes locales, ni por parte de las entidades privadas, que gozan, además, al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado [...] (f.j. 4º) ⁵⁸

Las afirmaciones anteriores suponen que cuando un problema social requiera intervenciones de asistencia social a nivel supraautonómico es conforme con la Constitución la intervención del Estado en su diseño⁵⁹; pero siempre tratando de respetar —*en lo posible*— las competencias de las Comunidades afectadas. Esta tarea, no obstante, resulta difícil, y el TC apunta, como instrumento que permita compatibilizar las competencias respectivas del Estado y las Comunidades Autónomas, los instrumentos cooperativos⁶⁰. Ahora bien, la cuestión es bien distinta, no por lo que hace al diseño estatal de determinadas políticas sociales necesariamente supracomunitarias, sino por lo que hace a la gestión o ejecución. En este caso, apelando a lo resuelto por la STC 95/1986, de 10 de julio, afirma que, aunque en principio la ejecución de una determinada materia corresponda a las Comunidades Autónomas, resulta compatible con el diseño constitucional de competencias la posibilidad estatal, no sólo de regulación sino también de ejecución o gestión cuando *la gestión centralizada ... resultase imprescindible*, esto es, si se trata de *asegurar la plena efectividad* de la política diseñada y de *garantizar la misma posibilidad de obtención y disfrute por sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional* (principio de igualdad). Sólo cabría la intervención estatal en la gestión cuando la misma no pudiera regionalizarse⁶¹.

Ha suscitado controversia constitucional la posibilidad de que el Estado, en sus Leyes de presupuestos otorgue subvenciones a las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas. En estos casos, cuando la subvención se dirija a cubrir el déficit y a asegurar el equilibrio financiero de las Administraciones territoriales, nos encontraríamos en el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado sobre Hacienda General, *ex art. 149.1.14 CE*⁶². Ahora bien, cuando se trata de subvenciones-dotación, destinadas a la prestación de servicios públicos transferidos a las Comunidades Autónomas o que formen parte del coste

⁵⁸ STC 146/1986, de 25 de noviembre.

⁵⁹ El Tribunal se refiere a programas de acción social estatal y de actividades de ámbito estatal, pero sólo a su diseño, esto es la regulación de los tipos de ayudas, su cuantía, los posibles beneficiarios, el procedimiento y requisitos formales para su concesión, etc.

⁶⁰ STC 146/1986, de 25 de noviembre (f.j. 5º).

⁶¹ STC 146/1986, de 25 de noviembre (f.j. 7º). En el mismo sentido puede verse la STS de 23 de marzo de 1987 (Arz. 3792).

⁶² STC 13/1992, de 6 de febrero (f.j. 6º).



ordinario de los mismos, deberán éstos transferirse globalmente en bloque para ser integrados en los presupuestos de la Comunidad Autónoma, *sin otros condicionamientos que el genérico estrictamente indispensable para asegurar el destino de la subvención afectándolo a la finalidad prevista en los presupuestos generales del Estado, de modo que se respete la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, reconocida en los arts. 156.1 de la Constitución y 1.1 de la LOFCA, que exige plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas* (f.j. 6º)⁶³. El problema se da cuando dichas subvenciones pretenden constreñir o condicionar el margen de decisión que corresponde a las Comunidades Autónomas sobre materias, como la asistencia social, competencia exclusiva de estas. Pues bien, [...] no es imposible que al amparo de dicho poder de gasto, los órganos de la Administración central del Estado traten de atraer para sí o recuperar competencias normativas o de ejecución en los sectores subvencionados y que en principio, han quedado íntegramente descentralizados a favor de las Comunidades Autónomas ... que, a través de esta vía indirecta de las ayudas económicas que figuran en los Presupuestos Generales del Estado, las competencias autonómicas exclusivas pasen a redefinirse o convertirse "de facto" en competencias compartidas con el Estado, con la consiguiente e inevitable restricción de la autonomía política de las Comunidades Autónomas ... resulta constitucionalmente inaceptable ... si el Estado pudiera regular el modo, las condiciones y la manera en que han de emplearse por las Comunidades Autónomas los fondos estatales transferidos, ... estaría restringiendo la autonomía política de las Comunidades Autónomas y su capacidad de autogobierno, que se manifiesta, sobre todo, en la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia, forzándolas a una suerte de regateo o negociación con el Estado so pena de perder los fondos asignados a la subvención (f.j.7º)⁶⁴.

Ante la problemática derivada de los distintos regímenes jurídicos que el ejercicio de las competencias sobre asistencia social lleva consigo, sobre todo cuando no concurre competencia exclusiva alguna, a salvo la derivada del art. 149.1.1ª CE⁶⁵, se ha esgrimido la

⁶³ STC 201/1988 (f.j. 4º)

⁶⁴ STC 13/1992, de 6 de febrero.

⁶⁵ En opinión de VAQUER CABALLERÍA no sólo tiene sentido aplicar el título competencial del art. 149.1.1ª CE al capítulo III, sino que acaso sea donde más sentido tenga dicha aplicación para preservar el principio constitucional de unidad. No obstante advierte de la cautela que ha de emplearse en la utilización del juego de este precepto, para no vaciar de contenido las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas como ha señalado el TC en sus SsTC 37/1987, de 26 de marzo, 61/1997, de 20 de marzo y 173/1998, de 23 de julio (VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 158-159). Sobre la aplicación autónomas del título constitucional albergado en el art. 149.1.1ª CE, *vid.* PEMAN GAVÍN, J.,



posibilidad de dictado de una Ley de armonización de las albergadas en el art. 150 de la CE. A este respecto, Barranco Vela y Castillo Blanco han señalado que acudir a ellas en materia social no parece ni conveniente ni ineludible, al menos con carácter general⁶⁶. Sí, a nuestro juicio con carácter especial y teniendo en cuenta su carácter excepcional por lo que hace al colectivo constituido por la tercera edad *ex. art. 50 CE y 149.1.1ª CE*. Una interpretación hermenéutica de la CE nos lleva inexcusablemente a esta solución, al menos cuando se trata de materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en toda su extensión funcional, como es el caso de la asistencia social⁶⁷. No obstante, el TC en su STC 146/1986, de 25 de noviembre, se pronuncia sobre esta cuestión al resolver un conflicto positivo de competencia en relación con una resolución estatal que afecta a la materia, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, relativa a la asistencia social. Pues bien, el Tribunal lleva a cabo una interpretación restrictiva de la armonización a que se refiere el art. 150.3 de la CE apreciando que en el caso concreto *no se trataba de armonizar norma alguna ... y no es cauce para emplear cuando el Estado tiene competencias en la materia que le permiten cumplir sus fines como en este caso hubiera podido suceder, pues no se ha utilizado ninguna de las posibles técnicas de coordinación* (f.j. 8º). También la STC 13/1992 señala que el art. 149.1.1ª sólo habilita *para establecer normativamente los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas de los españoles [...] Cosa distinta será el modo en que hayan de ejecutarse y gestionarse [...] que habrá de hacerse en todo caso [...] respetando las competencias autonómicas exclusivas sobre la materia* (f. j. 14). Esta doctrina justifica una regulación unitaria de mínimos para todo el territorio nacional, pero sólo en lo referente a la igualdad en los derechos y deberes constitucionales afectados⁶⁸. Pero en nuestro caso, como se verá y habida cuenta de la existencia de normas autonómicas reguladoras de la tercera edad, se dan las circunstancias que justifican el empleo de esta norma cierre del sistema de distribución de competencias que complementa las demás previsiones competenciales sin necesidad de llegar a forzar determinados títulos con el

Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales, Madrid, Universidad de Zaragoza/Civitas, 1992, pág. 235.

⁶⁶ BARRANCO VELA Y CASTILLO BLANCO, A., "Asistencia y servicios sociales. Las competencias locales en la promoción y reinserción social", en BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. y CASTRO ABELLA, F. (coords.), *Derecho Local*, Tomo II, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1999, pág. 145).

⁶⁷ PEMÁN GAVÍN se refiere a estas leyes de armonización como instrumento de que dispone el Estado para evitar que esta diferenciación en los niveles de protección se desarrolle más allá de un cierto nivel (PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 160).

⁶⁸ VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 159.



riesgo de vaciar de contenido la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social⁶⁹.

5. Con base en la posible vulneración del principio de igualdad en el ámbito de los servicios sociales ya se han alzado voces críticas que reivindican una Ley General⁷⁰. Por lo que a nosotros respecta y conscientes de la dificultad que entraña abstraer en una norma general de aplicación directa las políticas públicas de protección a la tercera edad⁷¹, en el concreto campo de la atención a las personas mayores, resultaría asimismo conveniente el dictado de una norma estatal que estableciera los mínimos que garantizaran la igualdad en todo el territorio nacional, obligando a las Administraciones Públicas a garantizar un nivel mínimo

⁶⁹ A juicio de VAQUER CABALLERIZA existe *legitimidad de una cierta densidad normativa estatal en todas las materias relativas a los servicios sociales atinentes a la persona —en garantía de una solidaridad territorial mínima— que desarrollarán y/o complementarán las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus títulos competenciales sectoriales* (VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 161).

⁷⁰ En este sentido FORSTHOFF advirtió que [...] *De modo natural la evolución del Estado social de Derecho conduce a que las "garantías" sociales no queden relegadas en la región vaporosa de una promesa meramente programática de la que tomaría nota el legislador que es el primer obligado [...]* (ABENDROTH, W., FORSTOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 89). Puede consultarse, asimismo la siguiente dirección web: [wysiwyg://5/http://www.buscasalud.com/boletin/noticias/2002_09_27_13_41_53.html](http://www.buscasalud.com/boletin/noticias/2002_09_27_13_41_53.html) (fecha última consulta 1 de octubre de 2002). Por su parte, y ante la posible solución de esta problemática a través del dictado de una ley de armonización de las albergadas en el art. 150 de la CE, BARRANCO VELA Y CASTILLO BLANCO han señalado que acudir a ellas no parece ni conveniente ni ineludible, al menos con carácter general (BARRANCO VELA Y CASTILLO BLANCO, A., "Asistencia y servicios sociales. Las competencias locales en la promoción y reinserción social", en BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. y CASTRO ABELLA, F. (coords.), *Derecho Local*, Tomo II, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1999, pág. 145). Si, a nuestro juicio con carácter especial por lo que hace al colectivo constituido por la tercera edad *ex. art. 50 CE y 149.1.1ª*. Una interpretación hermenéutica de la CE nos lleva inexcusablemente a esta solución. No obstante el TC en su STC 146/1986, de 25 de noviembre se pronuncia sobre esta cuestión al resolver un conflicto positivo de competencia en relación con una resolución estatal que afecta a la materia, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, relativa a la asistencia social. Pues bien, el Tribunal lleva a cabo una interpretación restrictiva de la armonización a que se refiere el art. 150.3 de la CE apreciando que en el caso concreto *no se trataba de armonizar norma alguna ... y no es cauce para emplear cuando el Estado tiene competencias en la materia que le permiten cumplir sus fines como en este caso hubiera podido suceder, pues no se ha utilizado ninguna de las posibles técnicas de coordinación* (f.j. 8º).

⁷¹ Cfr. ABENDROTH, W., FORSTOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 87 y 88.



de prestaciones. Navarro Munuera se refiere a la justificación o fundamento de la intervención normativa del Estado en materia de asistencia social, que sitúa en la necesidad de garantizar la igualdad en la prestación de los servicios sociales en todo el territorio nacional, por lo que hace a unos niveles mínimos, que en virtud de la competencia autonómica *ex* 149.1.20ª CE podrían ser mejorados por las Comunidades Autónomas en función de la configuración autónoma de su política asistencial⁷². Pemán Gavín ha abundado sobre la proyección de la igualdad de trato a todos los españoles en la materia concerniente a la acción social y demás servicios públicos de competencia autonómica⁷³.

La protección a la tercera edad como principio rector de la política social necesita una concreción para ser efectivo. Resulta necesario, pues, para la existencia de derechos subjetivos a favor de las personas de edad una configuración legal o reglamentaria de las prestaciones comunes obligatorias a favor de los mismos. De no ser así, los derechos fundamentales de la tercera edad sólo podrían ser garantizados, a través del sistema general propio de la protección de estos y de nada serviría la especial mención que respecto de este colectivo lleva a cabo el art. 50 CE⁷⁴.

Si esta es la interpretación constitucional que se nos muestra como más satisfactoria, inmediatamente hemos de añadir a nuestra argumentación la crítica que merece la generosidad con que el art. 149.1.20ª CE posibilita a las Comunidades Autónomas para asumir como competencia exclusiva la materia asistencia social. Esto es, el constituyente, a la hora de referirse a la asistencia social como materia susceptible de ser asumida por parte de las comunidades Autónomas lo hace en toda su extensión funcional; en dicha lógica, como, por lo demás, ocurre respecto de otras muchas materias, no se refiere el precepto al desarrollo de las bases o de la legislación básica, ni a la ejecución de las mismas, sino simple y llanamente a la asistencia social, en bloque. Recurramos a otro sector materia —el ambiental— albergado por nuestra CE para explicar, a nuestro juicio, cuál habría sido el modelo de distribución de competencias más acorde con la garantía de prestación de los

⁷² NAVARRO MUNUERA, A., *ob. cit.* pág. 91. El TS (sala de lo contencioso-administrativo) ha estimado que el art. 50 CE impone a las Administraciones Públicas el deber de desarrollar y en su caso explicitar en actos administrativos concretos su propia actividad protectora, para satisfacer un derecho subjetivo de derecho natural y fundamental, que aparece encarnado en la necesidad de asegurar la subsistencia de los ancianos realmente necesitados.

⁷³ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 157 a 163.

⁷⁴ Esto es, en general, en el campo de los derechos sociales y a mayor abundamiento por lo que hace a la protección de la tercera edad. El art. 50 CE dispone que los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.



servicios sociales y por lo que a este estudio concierne, con la protección de la tercera edad, que incluimos dentro de la denominada asistencia social.

En efecto, el art. 149.1.23ª CE establece como competencia exclusiva del Estado el establecimiento de las bases sobre protección del medio ambiente. Se trata, ésta, de una competencia que se atribuye al Estado con un marcado carácter finalista, concretamente para el cumplimiento de una finalidad tuitiva por antonomasia. Pues bien, la técnica bases más desarrollo y su interpretación por el Tribunal Constitucional permite a las Comunidades autónomas desarrollar dichas bases. Ahora bien, todo no queda aquí. El art. 148.1.23ª CE incluye expresamente, entre las competencias que en materia ambiental pueden asumir las Comunidades Autónomas, el establecimiento de normas adicionales de protección, que mejorarían, añadirían, en su caso, un plus de protección a la derivada del cumplimiento de la normativa estatal⁷⁵. Pues bien, es esta última la técnica que a nuestro juicio resultaría más idónea para perfilar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas por lo que hace a la asistencia social, respetuosa con la autonomía, pero, asimismo, garantizadora de los derechos fundamentales y de la observancia de los principios rectores del orden social como la igualdad y la protección a la tercera edad, que de otro modo podrían ser mermados.

La naturaleza de los problemas que suscita el medio ambiente, que como es sabido exige de ordinario políticas globales, unida al diseño competencial que ha llevado a cabo la Constitución, va a incidir en el alcance de la fórmula “legislación básica”. En efecto, la especialidad del medio ambiente salva la tradicional y expansiva concepción de lo básico, siendo necesario modular o replantear el entendimiento de la fórmula bases más desarrollo. Lo básico, en este ámbito, no se caracteriza como marco cerrado o hermético dentro del cual se han de mover las Comunidades Autónomas. Posteriormente, la dilatación del espacio normativo estatal es frenada por la STC 102/1995, de 26 de junio. La postura rupturista adoptada por el TC en la sentencia precitada viene confirmada en sucesivos pronunciamientos del Alto Tribunal⁷⁶.

Pero para la materia que analizamos no nos sirve la doctrina constitucional acerca de la consideración de las bases como un mínimo común denominador que encuentra su fundamento en el art. 149.1.23ª CE. En el caso de la asistencia social, el fundamento constitucional del mínimo común denominador ha de ser buscado directamente en preceptos a los que el propio TC ha negado su carácter de títulos competenciales. Así, en relación a otros servicios públicos, como la enseñanza o la sanidad, la problemática se

⁷⁵ Así se evitaría el riesgo al vaciamiento de las competencias autonómicas en materia de asistencia social a las que se ha referido la doctrina. *Vid.* NAVARRO MUNUERA, A., *ob. cit.* pág. 91.

⁷⁶ *Vid.*, por todas, las SSTC 156/1995, de 26 de octubre y 90/2000, de 30 de marzo. Se ha de tener en cuenta que el Consejo de Estado ha señalado en su Dictamen de 21 de mayo de 1992 que “el común denominador normativo contenido en una directiva está abocado a coincidir —con naturalidad y por regla general— con el concepto de bases en supuestos de competencias compartidas”.



plantea en términos diferentes ya que el Estado, como hemos descrito en relación con la protección ambiental, sí que cuenta con competencias normativas básicas⁷⁷.

Por otro lado, la peculiar naturaleza de la materia sancionadora amplía, si cabe, aún más las posibilidades normativas del Estado cuando se trata de aparejar sanciones a infracciones del ordenamiento social fundamentadas en la afectación a los derechos fundamentales⁷⁸. El respeto de éstos, tratándose de mínimos de obligado respeto por las Comunidades Autónomas, se impone junto con los límites normativos que al Derecho sancionador se derivan directamente desde la Constitución (art. 149.1.1ª CE), así como desde los arts. 127 y ss. de la LRJPC.

La existencia de normas sobre seguridad social diferentes fue criticada en el debate a las enmiendas presentadas al proyecto de la Constitución española en la Comisión Constitucional del Senado. Ello provocaría un caos inadmisibles, por lo que se sostuvo una estructura esencial de la Seguridad Social igual para todos, lo que implicaba la competencia estatal, al menos por lo que hacía al denominado después mínimo común denominador⁷⁹.

El *Derecho comunitario*, no obstante, puede jugar un papel fundamental, mucho más que en el terreno ambiental en el que las competencias normativas se encuentran compartidas, ya que la única instancia uniformadora —a salvo el distado de una Ley de armonización *ex. art. 150 CE*— podría ser la comunitaria. No obstante, sabemos que el contenido del derecho comunitario no tiene por qué coincidir con el alcance de la competencia estatal cuando versa sobre una materia compartida desde el punto de vista normativo, aunque en la práctica condicione el alcance de las bases estatales. Cuando se trata de una materia competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, en principio las instancias responsables de la transposición resultan ser autonómicas, no encontrando, en este caso, el Estado, la vía de la extensión de las bases para paliar la inactividad normativa de ciertas Comunidades Autónomas, como mecanismo para reducir de facto el espectro abierto a su responsabilidad.

En último lugar, la existencia de un nivel mínimo obligatorio de prestaciones serviría para que la institución de la *responsabilidad patrimonial* en este ámbito, como instrumento de

⁷⁷ En este sentido, PEMÁN GAVÍN señala la necesidad de poner en conexión el art. 149.1.1ª CE con los arts. 39, 41, 49 y 50 CE (PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas Madrid, 1994, págs. 160).

⁷⁸ En el resto de los casos queda claro que las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas sancionadoras cuando ostentan la competencia sustantiva sobre una materia, como ocurre en sede de asistencia social, respetando en todo caso las disposiciones dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias albergadas en el art. 149.1.18 y siempre que no se introduzcan divergencias irracionales y desproporcionadas al fin perseguido respecto de l régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1ª CE). Cfr., en este sentido, STC 87/1985, de 16 de julio.

⁷⁹ Cfr. GUTIÉRREZ LLAMAS, A-, *La distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 195.



control externo de la actividad de las Administraciones Públicas, no perdiera su utilidad, por carecerse de *standard* de funcionamiento, esto es, para evitar que el hecho de que no exista, como ocurre en relación a la salud, una dimensión del derecho al mantenimiento de un mínimo vital, como derecho de la persona a una cualidad o aspecto propio, suponga la imposibilidad de obtener, con carácter general, una acción resarcitoria en el ámbito jurídico por su posible transgresión⁸⁰.

⁸⁰ *Vid.* en este sentido GARCÉS SANAGUSTÍN, A., "Principios generales del Derecho administrativo social", en BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial* quinta edición Civitas, Madrid, 2001, pág. 165.