

A PROTECCIÓN DAS SITUACIÓNS DE DEPENDENCIA

Pedro Rabanal Carbajo

Profesor titular de dereito do traballo e da seguridade social
Facultade de dereito da Universidade de Vigo

Recentemente, o *Informe da comisión non permanente para a valoración dos resultados obtidos pola aplicación das recomendacións do Pacto de Toledo*¹ refírese á *dependencia*, como o fixera xa o anterior *Acordo para a mellora e o desenvolvemento do sistema de protección social* do ano 2001², que dedicaba un dos seus trece epígrafes, o VIII, precisamente a ese fenómeno, co encargo, cremos que incumplido, de que «antes de finalizar la presente legislatura, pueda estar diseñada y aprobada una política de atención a la dependencia, con el rango normativo oportuno».

No informe mencionado cítase entre a documentación recibida os traballos, «La protección social de la dependencia» e «Modelos de atención sociosanitaria, una aproximación a los costes de la dependencia», enviada polo Instituto de Migracións e Servizos Sociais do MTAS (páx. 13 do informe).

Os termos nos que este informe trata o concepto de *dependencia*, concepto aínda inédito na nosa lexislación, teñen que ver con «los desafíos de

¹ Publicado no *BOCG*, Serie D, nº 596, do 2 de outubro de 2003.

² Do 9 de abril de 2001, subscrito polo Goberno, Comisións Obreiras, a Confederación Española da Pequena e Mediana Empresa e a Confederación Española de Organizacións Empresariais.

una sociedade que envejece» (páx. 22 do informe), dada a perspectiva de que o risco máis notorio da evolución da poboación será o aumento de persoas de 65 e de máis anos durante o período de tempo ata o 2050 (páx. 35 do informe), de xeito que é unha preocupación unánime e indiscutible o «aumento de la tasa de dependencia, expresada por el porcentaje de personas con 65 o más años sobre los activos potenciales» (páx. 92 do informe, no voto particular do grupo mixto-BNG)³.

1. Noción da dependencia

Como se ve, os responsables políticos están preocupados pola cobertura social dunha circunstancia humana que, se ben non é nova, é nos últimos tempos cando adquiriu unha dimensión susceptible de ocasionar un problema social. En definitiva, son os coidados que precisa quen, por razóns diversas, sobre todo, pola idade avanzada (xunto coas evidentes perdas das capacidades fisiolóxicas e, de ser o caso, psicolóxicas, que adoitan acompañala), non pode valerse por si mesmo e precisa, con maior ou menor asiduidade, a axuda doutra persoa.

Segundo se dixo, o problema deixa de ser hoxe puntual para converterse en social, con vistas ao que os estudos denominan *ratio de dependencia*, é dicir, a relación existente entre o número de persoas de 65 ou máis anos respecto do número de persoas comprendidas entre os 16 e os 65 anos⁴.

O certo é que, entendido este novo «risco» de dependencia como o que afecta aos suxeitos que necesitan a axuda dunha terceira persoa para a realización dos actos esenciais da vida (as actividades da vida cotiá)⁵, non é un risco necesariamente asociado ao cumprimento dunha determinada idade máis ou menos avanzada. De feito, desde hai xa algún

³ A cuestión parte dun paradoxo, porque, como o expresara Saint-Yours, «Crisis económica y garantía, por medio de la Seguridad Social, del Derecho a la Salud», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, UCM, Madrid, 1984, páx. 338, o propio bo funcionamento do sistema conduce ao seu deterioro, pois a lonxevidade formula novos requirimentos financeiros. No mesmo sentido, Alarcón Caracuel/González Ortega, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, páx. 107.

⁴ Os algarismos varían nunha medida pero adoitan ser similares. V. gr., segundo Ferreras Alonso, Fidel, «La reciente implantación del seguro de dependencia en algunos países europeos y breve referencia a España (Síntesis)», *Tribuna Social* nº 137, 2002, páx. 16, nota 5, «el ratio de dependencia del que aquí se habla sería la relación existente entre el número de personas de 65 o más años en relación con el número de personas en edades comprendidas entre 15 y 64 años».

⁵ MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páx. 14.

tempo tratouse a cuestión na política comunitaria, optando por unha descrición do risco non vinculada á idade avanzada. Así, a Recomendación nº R (98) 9 do Comité de Ministros aos estados membros sobre dependencia, sostén que «la dependencia es un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria»⁶. Está claro, con esta definición, que a dependencia pode referirse a outras circunstancias distintas das relacionadas coa velez, tales como a chegada ou a dependencia dun fillo, ou a situación de enfermidade⁷, pero o certo é que non se detectou unha necesidade de protección desta dependencia organizada desde o sistema público da previsión social senón cando se constatou un cambio notable da proporción existente entre os maiores de 65 anos e a poboación activa.

De certo, a protección da familia é sempre «una inversión de futuro, pues el hijo de hoy será el activo laboral de mañana que proveerá los requerimientos de ingresos del sistema público»⁸, pero iso non significa que se lle deba dar un trato paritario á protección pública dos fillos en relación coa dos anciáns⁹, é a maior esperanza de vida a que fai que os mecanismos tradicionais de cobertura da dependencia –a cobertura pola propia familia– sexan insuficientes, por ser unha carga excesiva¹⁰, pois, por unha parte, ao incrementarse a esperanza de vida multiplícanse, tamén, as situacións de dependencia e, por outra, ademais, a dispoñibilidade para atender ao dependente dentro do seo familiar viuse reducida¹¹, polo que resulta necesaria a intervención pública na provisión de coidados. O novo non é a situación de dependencia, senón a dimensión

⁶ LÓPEZ LÓPEZ, Julia, «Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género», en *XV Jornades Catalanes de Dret Social*, en liña, www.ufp.es/dret/treball/jornades, páx. 10.

⁷ Cfr., LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, páx. 9.

⁸ MALDONADO, *op. cit.*, páx. 60, con cita de Valdeolivas.

⁹ *Ibidem*, con cita, en contra, de Manrique López, «Presente y futuro de la Seguridad Social Complementaria», en AA.VV., *Análisis de diversas cuestiones sobre los pactos de Toledo*, MTAS, Madrid, 1997, páx. 287, segundo quen non é racional que «la crianza de los hijos se afronte de manera individual, mientras que el costo del seguro de vejez es por definición colectivo», proponendo unha reorientación da política familiar.

¹⁰ MALDONADO, *op. cit.*, páx. 22.

¹¹ En canto a esta circunstancia, non pode deixar de observarse que a razón desa redución, necesaria e cuxa constatación é síntoma inequívoco de que se está no bo camiño, é a nova configuración das estruturas familiares, nas que a muller deixa de ocupar o papel de coidadora e o número de fillos descende facendo inviable a atención familiar dos dependentes. Cfr. MALDONADO, *op. cit.*, páx. 90.

deste risco¹². De aí que se formule a conveniencia de implantar, seguindo experiencias doutros países comunitarios (Francia ou Alemaña), un sistema de previsión da dependencia das persoas maiores.

1.1. Dependencia en sentido amplo

Vimos de dicir no apartado anterior que a dependencia, circunstancia de quen por razóns físicas ou psíquicas precisa a axuda doutra persoa para os actos da vida diaria, é un risco non específico da vellez, aínda que a súa formulación como problema social aflorou ao aumentar de forma espectacular a esperanza de vida e, polo tanto, os dependentes que o son por razón da idade.

Non obstante, antes de formular o deseño legal dunha futura prestación de dependencia, é bo contemplar esta dependencia no sentido amplo para decidir se é preciso que calquera situación de dependencia, sexa protexida por esa prestación, ou só a derivada da idade avanzada, –que é ao cabo a que provocou o problema ao facer insuficiente o coidado «informal» do dependente polos seus familiares– debe merecer a protección do sistema da seguridade social.

A dependencia é pois, sen outro aditamento, e seguindo a definición do Consello de Europa, a «necesidad de ayuda o asistencia importante para actividades de la vida cotidiana»¹³. Esta definición abrangue, evidentemente, as posibilidades que afectan potencialmente a toda a poboación, pois nun sentido amplo, son persoas dependentes tanto os anciáns que non poden valerse por si mesmos coma os minusválidos (físicos ou psíquicos), os convalecentes dunha enfermidade (aínda que só temporalmente son dependentes), ou os nenos nos primeiros anos da súa vida. A cuestión é se a cobertura que o sistema da seguridade social faga da dependencia debe amparar a todos eles ou limitarse a algúns¹⁴. Como o define González Ortega, o risco a protexer constitúe o número de persoas que por razóns vinculadas á súa capacidade e autonomía per-

¹² MALDONADO, *op. cit.*, páx. 15.

¹³ GRUZ ROCHE, Ignacio/RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio, «La protección social de la dependencia. Estudio Delphi y modelo protector», en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000), páx. 608. Et. Rodríguez Cabrero, Gregorio, «El problema de la dependencia: conceptualización y límites», en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000), páx. 25. Na definición, tamén, omnicompreensiva de González Ortega, Santiago, «La protección social de las situaciones de dependencia», *RL* n^o 17-18, 2004, páx. 13, «se trata de una situación en la que el individuo es incapaz, en mayor o en menor grado, de gestionar su propia vida cotidiana y su entorno más inmediato en los aspectos más básicos y habituales».

¹⁴ MALDONADO, *op. cit.*, páxs. 17 e 18.

soal, e á marxe da causa concreta que a provocara (sexa un accidente ou unha enfermidade, unha cuestión xenética ou dexenerativa, o transcurso da idade, ou a suma de varios destes factores), se atopen nunha situación na que precisen a axuda doutra persoa para a vida cotiá, nos actos en que se compromete a dignidade persoal, a autonomía e a capacidade de xestionar a propia existencia na súa dimensión máis elemental e íntima¹⁵.

Certamente, todas as situacións de dependencia, nos amplos termos descritos, poden merecer –segundo o caso– un certo nivel de protección. Pero iso non significa que todos eses casos esixan protección do sistema de previsión. Pénlese, *u. gr.*, no caso da situación, polo demais evidente, de dependencia dos nenos de curta idade. Entender que a situación deses menores sexa unha situación de dependencia con dereito a protección do sistema sería tanto como renunciar ao modelo familiar da nosa sociedade –e recorrendo ao tópico, a familia é, e segue sendo, a célula social primaria– en favor doutro modelo feble no que se entendese que non existen os compromisos familiares, senón só os sociais. Creo que unha interpretación en tal sentido sería altamente perturbadora, pois alteraría o modelo social ao infundir a sensación de que o cidadán non é «responsable» da súa familia, senón que o ten que ser o «Estado», razoamento tal vez esaxerado, pero que conduciría, ao final, a unha profunda alteración do noso sistema de valores e ao fin do motor básico do progreso da humanidade que é, lonxe de ser outro e aínda que non é este o lugar para desenvolver a idea, o altruísmo, –diligencia en procurar o ben alleo aínda á custa do propio–, cuxa substancia máis elemental se aprende, basicamente, no seo familiar, e que é o xerme de toda outra serie de virtudes humanas sen as que non se pasaría do estadio simplemente animal, tales como, aínda que agora o vocábulo estea case prescrito, a caridade, que, non sei se é ocioso dicilo, é a actitude solidaria co sufrimento alleo¹⁶.

Non se nega que nalgún suposto concreto, todas as situacións que caben dentro do concepto amplo de dependencia e, polo tanto, tamén, o coidado dos fillos menores, o dos enfermos, etc., poida ter que ser asumido, por circunstancias diversas, polo sistema de previsión –ou polo Estado en resumo–, pero para iso están xa suficientemente definidos os

¹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, páx. 33.

¹⁶ Opinión distinta e, sensiblemente, máis pesimista ca a miña, creo, é a de González Ortega, *op. cit.* páx. 17, que afirma para estes efectos «el deterioro de las formas tradicionales de cuidados de los dependientes, en concreto, la solidaridad familiar e intergeneracional» e na páx. 19, «la pérdida progresiva del sentido de la responsabilidad personal respecto de los familiares necesitados cuyo cuidado no se considera ya una obligación moral sino una carga».

servizos sociais, coma todas aquelas actividades de axuda humana, técnica e material demandada, primordialmente, por persoas «en situación de menesterosidad personal o grupal»¹⁷.

1.2. Dependencia en sentido estrito

Así pois, a prudencia, con non menos razóns que as limitacións orzamentarias e a conservación dos valores positivos desenvolvidos polo estado social, aconsella limitar o concepto de dependencia aos efectos da súa hipotética protección polo sistema da seguridade social.

Delimitado, orixinalmente, o risco da dependencia pola súa propia noción e pola necesidade da axuda doutra persoa para realizar os actos da vida diaria é pois agora o momento de determinar outros parámetros que nos axuden a conformar o ámbito da protección que quere asegurarse publicamente, e que poden ser de varios tipos. Co visto ata agora, débese partir, en todo caso, de tres elementos que necesariamente se encontrarán no ámbito de cobertura da dependencia, elementos que ademais se identifican como grupos subxectivos, nalgunha medida concéntricos, que son os que van formular, na xeneralidade dos casos, as situacións de dependencia. Estes son a familia, a discapacidade e a velez¹⁸, grupos que por separado xa teñen un *quid* de obxectivos esenciais de protección da seguridade social no estado social, como demostra sen ir máis lonxe o feito de que a nosa CE así o entenda ao ordenar «la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1 CE), a «prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuídos» (art. 49 CE) e a «suficiencia económica» así como o «bienestar mediante un sistema de servicios sociales» dos cidadáns durante «a terceira idade» (art. 50 CE). A todos estes valores constitucionais haberá que engadir a dignidade da persoa, os dereitos inviolables que lle son inherentes e o libre desenvolvemento da personalidade (art. 10.1 CE) que, segundo escribe Martínez Yáñez, constitúen os límites que non poderán vulnerar nin os dereitos e liberdades concedidos aos cidadáns, nin a intervención do Estado na vida pública e social¹⁹.

¹⁷ VILÀ MANCEBO, Antoni, «Legislación autonómica sobre dependencias», en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000), páx. 345.

¹⁸ Cfr., VILÀ, *op. cit.*, páx. 347 na definición urxente de García Ninet, *op. cit.* páx 6, «se trata de lograr la independencia de los ahora más dependientes a causa de su edad y de su deterioro físico».

¹⁹ Por conseguinte, a dignidade da persoa convértese na clave de bóveda sobre a que se asenta en última instancia a orde constitucional española e a fórmula do Estado social, MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, *La atención social a los mayores dependientes en la Comunidad Autónoma Gallega*, Publicacións do Valedor do Pobo, A Coruña, 2002, páx. 12.

Detallemos agora, na medida do razoable, cada unha destas tres referencias esenciais, comezando, por ser a máis evidente e a que conectou nos estudos de forma máis intensa co problema da dependencia, pola idade.

Polo de pronto, e se, como se dixo, a dependencia terminou sendo un problema precisamente polo envellecemento da poboación, un parámetro natural de delimitación do seu concepto previsor pode ser precisamente a idade dos beneficiarios da protección²⁰. Probablemente, a necesidade de axuda, xunto coa idade, aproxímanos xa bastante ao concepto de dependencia cuxa protección se busca desde as instancias políticas, pero en todo caso, a idade, como parámetro de determinación da dependencia, esixe bastantes máis precisións que a do establecemento dunha idade mínima, e aínda é dubidoso cal debe ser esa idade mínima que lle franquee o acceso á protección²¹. Por outra parte, non faltan autores que rexeitan de plano a idade como parámetro determinante da protección da dependencia. Segundo Rodríguez Cabrero, «el seguro de dependencia sólo puede crearse en puridad cuando se conciba la necesidad de protección de la misma independientemente de la edad, de las circunstancias sociolaborales e, incluso, de la situación económica, aunque en este último caso son necesarias algunas precisiones»²².

Neste sentido, ademais, algunhas decisións políticas veñen matizar a utilización da idade. A Decisión nº 175 do 23 xuño de 1999 (DOCE do 19 de febreiro de 2000) fai referencia á dependencia que define Moleenaar en función da STCE do 5 de marzo de 1998, asunto C-160/96, pero faino no marco e na necesidade de interpretar o concepto de «prestacións en especie» nos casos de enfermidade ou maternidade. Outra sentenza comunitaria, a STXCE do 8 de xullo de 2004, asuntos C-502/01 e C-31/02, Gaumain-Cerri e Barth, ilustra sobre a cuestión, contemplando no caso da lexislación alemá, na que de certo, a idade non é óbice á pro-

²⁰ Como, *v. gr.*, no caso francés, do que máis adiante nos ocuparemos de novo, no que se lle outorga a protección a beneficiarios que teñan ao menos sesenta anos de idade.

²¹ En opinión de MALDONADO, *op. cit.*, páx. 83, non se deben fixar límites ao respecto. Cita o autor, a título de exemplo, o plan xerontolóxico de 1993 que contemplaba «establecer un complemento de pensión a favor de los pensionistas con 80 o más años». Rexeitando esta opción, e a favor de non fixar límite de idade, pero distinguindo a cobertura dos menores de idade (a través das prestacións familiares), cita tamén a Aznar López. A xuízo de Maldonado débese estender a cobertura a persoas maiores dependentes e asimilados, grupo este último no que se incluíran todos os suxeitos que presentan as notas prototípicas da dependencia e, polo tanto, sempre que tal situación derive dunha discapacidade (e non pola curta idade do suxeito, obviamente) que requira o coidado dunha terceira persoa.

²² RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 31.

tección por dependencia²³. Acaso, polo tanto, poida interpretarse que non é desatinado formular que a dependencia non sexa cuestión exclusiva da idade avanzada. Pero en todo caso, parece que, habida conta doutras situacións de necesidade que xa están protexidas polo sistema (incapacidade temporal, maternidade, etc.), a dependencia fronte á que require agora a protección do sistema é unha dependencia irreversible, permanente e que incluso se incrementará, presumiblemente, co transcurso do tempo²⁴.

En canto ao que a protección da dependencia ten que ver coa familia, xa se tratou máis arriba a cuestión da necesidade de manter as responsabilidades familiares, sen substituílas por simples responsabilidades sociais, como elemento indispensable de sostemento do noso modelo social, xerme da solidariedade e base da organización humana. En efecto, a propia CE confírelles a obrigaçión de asistencia aos fillos menores como unha obrigaçión dos pais (art. 39.3 CE) e non do Estado. E iso é razoable. As institucións non menos básicas, como *v. gr.*, a obrigaçión de alimentos entre parentes que, por certo, ninguén adoita conectar con este risco de dependencia, aínda cando na miña opinión a conexión é evidente, abundan nesta concepción das responsabilidades familiares como pilar social insubstituíble.

Acudindo, pois, ao maxisterio do Código civil, véxase que por alimentos se entende «todo o que é indispensable para o substento, habitación, vestido e asistencia médica», comprendendo tamén «a educación e instrución do alimentista mentres sexa menor de idade e aínda despois cando non haxa rematado a súa formación por causa que non lle sexa imputable» (art. 142 CC). Repárese en que o obrigado a prestar alimentos –familiar, nos termos do art. 143 CC: cónxuxes, ascendentes, descendentes e irmáns con carácter máis restrinxido– «poderá, á súa elección, satisfacerlos, ou pagando a pensión que se fixe, ou recibindo e mantendo na súa propia casa ao que ten dereito a eles». Circunstancias, todas elas que, ao final, incluso poderían conectarse con dereitos de máis alta protección en relación coa dignidade da persoa e dos seus dereitos fundamentais.

En fin, respecto da discapacidade que tomamos, tamén, como elemento do necesario concurso na configuración das situacións de dependencia, a súa delimitación é aínda máis sutil ca o elemento familiar. En efecto, véñse sostendo que a dependencia se produce porque o afectado

²³ Neste caso, e en canto a un dos asuntos acumulados, é a prestación de ingreso das cotizacións por velez, segundo o sistema alemán, a quen se dedica ao coidado dos fillos que, por discapacidade, recibe como beneficiario do seguro dos seus pais as prestacións por dependencia.

²⁴ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, páx. 36.

non é capaz por si só de atender con dignidade as actividades da vida diaria, é dicir, na formulación que deseguido recoñerá o lector e sobre a que logo se haberá de volver, nin de atender os actos máis esenciais da vida, tales como asearse, vestir, comer ou desprazarse. E se o afectado, como se di, non é «capaz» de atender esas básicas necesidades, estamos falando, claramente, de «discapacidade» en tal sentido.

O que quero poñer de manifesto é que a tendencia que existe a vincular as situacións de dependencia con situacións recoñecibles no ordenamento actual como a da minusvalía, aínda cando, certamente, nalgúns casos a protección da dependencia coincidira con supostos en que concorra xa unha protección por incapacidade²⁵, non se debe interpretar no sentido de entender que a protección da dependencia esixe en termos estritos a concorrencia e, menos aínda, a declaración dunha situación de incapacidade nos termos en que as coñece a nosa lexislación da seguridade social. Creo que, precisamente, a dependencia se caracteriza, ou debería caracterizarse, por dar lugar a situacións de necesidade de auxilio nos actos da vida diaria que non supoñen minusvalía. Se se me apura, atreveríame a dicir que a dependencia debe protexer un risco non patolóxico e non un risco patolóxico, baixo a pena de entender, doutro xeito, que a vellez é en si unha patoloxía, afirmación que non comparto²⁶, pois, como se observou, aínda que a dependencia se refire en xeriatría a un deterioro da saúde que trae como consecuencia unha serie de dificultades, ou simplemente a imposibilidade, para realizar tarefas cotiás consideradas básicas²⁷, porén, é un deterioro non patolóxico, é dicir, ocasionado polo propio reloxio biolóxico do ser humano, distinguible dos casos nos que, ademais dese deterioro natural, a materialización dun risco distinto (accidente, enfermidade, etc.) produce ou acelera a necesidade de atención técnica sanitaria.

²⁵ Esta tendencia, lóxica, por canto en certa medida a protección da incapacidade pode ser considerada incluso o antecedente común da protección da dependencia, ou mellor dito, a dependencia será a consecuencia lóxica da evolución da protección da incapacidade, que é o que agora existe, pode comprobarse en todas as obras sobre a dependencia. Por todas, *v. gr.*, a de Maldonado, que trata como prestacións protectoras da dependencia as situacións de incapacidade permanente, contributivas e non contributivas ou, no mesmo sentido, a de AZNAR LÓPEZ, Manuel, «La protección social de la dependencia en España (Legislación del Estado)» en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000).

²⁶ Pero que non deixa de encontrarse, nalguna medida, no sistema. Así o observa tamén Maldonado, *op. cit.*, páx. 22, cando asevera que «el inválido anciano sólo interesa al sistema por su vertiente de anciano, obviando su carácter de inválido, quizá por entender –con unos planteamientos que ya deberían estar totalmente superados– que todo anciano tiene algo de incapaz».

²⁷ MARTÍNEZ YÁÑEZ, *op. cit.*, páx. 80.

Finalmente, queda ao menos outro parámetro que pode formularse como configurador da protección do risco de dependencia. Citouse máis arriba a Rodríguez Cabrero, quen opina que o risco de dependencia debería protexerse con independencia da idade, das circunstancias sociolaborais e incluso «de la situación económica, aunque en este último caso son necesarias algunas precisiones». Esta referencia introduce esoutro parámetro que pode formularse como configurador da protección da dependencia. Refírome, claro está, á *situación económica* do hipotético beneficiario. É obvio que quen está na necesidade de ser auxiliado para realizar os actos da vida diaria ten máis fácil satisfacer esa necesidade canto mellor sexa a súa situación económica, pero non é menos certo que a necesidade así configurada –necesidade de axuda para os actos básicos, vestirse, asearse, comer, etc.– é unha necesidade igual para todos os cidadáns, que non depende da súa situación socioeconómica, de xeito que o argumento económico debe ser manexado con moito coidado, pois aínda que é certo que a extensión universal e incondicionada da protección podería supoñer un custo inasumible, non o é menos que a súa restrición segundo un parámetro económico moi estrito podería supoñer, ao contrario, o rexeitamento da cidadanía á organización dunha protección da dependencia como prestación ordinaria do sistema da seguridade social. Pénsese que o que se trata de protexer é, con toda evidencia, un risco cuxo amparo é só predicable dunha sociedade cun certo estado de benestar –onde a esperanza de vida é grande e a organización dos cidadáns difícil, precisamente, porque todos os membros da familia en idade activa se ocupan–, é dicir, unha sociedade mantida fundamentalmente por unha amplísima clase media. Non se pode, polo tanto, excluír a esa clase media da protección cuxa articulación e financiamento vai ser, ao final, soportada por ela.

2. Protección da dependencia

A situación de dependencia, como vén de describirse de feito, non é nova, senón que é unha situación que acompaña ao ser humano en toda a súa historia social. Acontece, porén, que remata agora, na nosa sociedade desenvolvida, ao tempo no que a protección social da dependencia recae exclusivamente sobre a familia –en concreto, sobre a muller– e é residual nas políticas públicas do estado de benestar, de xeito que os estados se ven expostos a un desenvolvemento protector novo no que, sen renunciar ao papel necesario e inevitable da familia coidadora, pase a un primeiro plano a responsabilidade pública²⁸. Non se pode dicir, non

²⁸ RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 26.

obstante, que ata o momento non se deran pasos neste sentido. Ademais de que noutros ordenamentos, próximos ao noso, a protección da dependencia *stricto sensu* é xa un feito desde hai case unha década, como se puxo de manifesto ao introducir este traballo e cos traballos que se están citando, no noso país hai xa un lustro que se vén formulando a protección pública da dependencia.

Tamén no terreo do dereito positivo existen algunhas referencias desta preocupación, aínda que cando eses primeiros pasos, que o foron pola cobertura da dependencia mediante o seguro privado, non terminaron dando os resultados apetecidos. Así, a Disposición adicional 14^a da Lei 55/1999, do 29 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, estableceu que «el Gobierno, en el plazo de seis meses, presentará a las Cortes Generales un informe relativo al seguro de dependencia, con una propuesta de regulación, un marco fiscal que la incentive y las modificaciones normativas necesarias para que pueda ser una prestación realizada por los planes de pensiones, las mutualidades de previsión social y demás entidades aseguradoras».

O certo é que, finalmente, a opción pola protección privada da dependencia non resultou ser un camiño viable, porque en función dos estudos e das accións realizadas polas compañías de seguros sobre o particular, resultou que o ofrecemento dun seguro de dependencia privado supoñíalles un custo excesivo ás aspiracións lucrativas das compañías de seguros, ou ben un custo, así mesmo excesivo, para os potenciais tomadores de seguros²⁹, de xeito que, mediante os informes e pactos sociais que se citaron ao principio deste traballo, se reorienta esta política cara ao sistema público da seguridade social.

2.1. Protección actual da dependencia

Como en tantas outras ocasións, afirmar que no noso sistema xa existen prestacións que protexen o risco de dependencia é tan correcto como afirmar que as ditas prestacións non existen. Explícome. É verdade que

²⁹ Tampouco parece que nun futuro sexa unha opción sostible, *vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Manuel, «Seguro de dependencia: ¿qué interés tiene para el sector asegurador?», páxs. 163 e ss., en especial a pág. 166, onde o autor permítense afirmar que «la eficiencia económica, y posiblemente también la social, se produciría si este seguro fuese de contratación obligatoria por parte de las empresas al igual que ya lo son el seguro de accidentes de trabajo, el de responsabilidad civil o, en otros ámbitos de la vida, el de la construcción o el de autos con daños a terceros. Los ejemplos que existen resaltan que la mayor eficiencia de un producto reside en que el producto sea de contratación obligatoria y masiva, y contratado colectivamente». Non obstante, unha experiencia positiva de articulación entre a protección pública e privada conseguiuase en Alemaña. Véxase, *v. gr.*, a STXCE do 8 de xullo de 2004, asuntos C-502/01 e C-31/02, GAUMAIN-CERRI e BARTH.

non existe unha prestación ou unha política específica dedicada á protección dos que, alcanzada unha determinada idade e necesitado a axuda doutra persoa para os actos da vida diaria, son considerados, nos termos estritos que vimos, «dependentes». Pero tamén existen variadas prestacións no noso sistema que, sen estar definidas pola protección directa deste novo risco, atenden en efecto, de forma diversa, esa necesidade de auxilio de quen dependen doutra persoa para os actos máis esenciais da vida.

A realidade desta protección actual da dependencia non foi negada polos autores, ben que se observou que o sistema da seguridade social, no caso español, considera a protección da dependencia con carácter excepcional e vinculado á incapacidade para o traballo e ás persoas menores de 65 anos, tanto no nivel contributivo coma no non contributivo, figuras protectoras, que a realidade social da extensión da dependencia superou amplamente³⁰. Incluso se puideron extraer características comúns das distintas prestacións que na actualidade atenden, ao menos *de facto*, a dependencia das persoas. As prestacións que atenden situacións de dependencia teñen como trazos predominantes esixir un grao de minusvalía do 75% (invalidez non contributiva, prestacións por fillo minusválido maior de 18 anos ao cargo) e definir a incapacidade permanente que é consecuencia de perdas anatómicas ou funcionais e que provoca a necesidade do concurso doutra persoa para realizar os actos máis esenciais da vida (grande invalidez, na redacción anterior a 1997, invalidez non contributiva e prestacións por fillo minusválido maior de 18 anos ao cargo)³¹. Como corolario destas tres prestacións que máis ou menos, claramente, tratan a dependencia, existe outra serie de dereitos laborais e de seguridade social, e ata beneficios fiscais, que procuran tamén a atención das persoas dependentes³², pero todas estas circunstancias prestacionais non impiden a constatación de que os actuais sistemas de protección social non fosen deseñados para cubrir a aparición desa nova continxencia ou rama de protección³³, constatación que faremos máis plausible ao analizar superficialmente algunhas das prestacións concernidas e as disfuncións que formulan para a protección da dependencia.

Que a grande invalidez é unha categoría protectora da dependencia é algo evidente que o lector experto, sen dúbida, antes de chegar a este punto, sacaría xa como conclusión desde que se formulou como identi-

³⁰ RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx.32.

³¹ MALDONADO, *op. cit.*, páx. 20.

³² MALDONADO, *op. cit.*, páxs. 60-61.

³³ FERRERAS ALONSO, Fidel, «La reciente implantación del seguro de dependencia en algunos países europeos y breve referencia a España (Síntesis)», *Tribuna Social* n.º 137, 2002, páx. 16.

ficación da dependencia a necesidade de axuda doutra persoa para os actos da vida diaria. Efectivamente, segundo a definición vixente hoxe³⁴ «se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos».

A grande invalidez protexe pois, por riba (e ademais) da situación do incapacitado para o traballo do beneficiario, a súa situación de dependencia o que, como foi observado pola doutrina, «es totalmente ajeno a la capacidad de trabajo»³⁵. Ben pode afirmarse, pois, que esta prestación protexe a dependencia, pero acontece que, ao non estar pensada directamente para cubrir tal protección, senón a partir, no seu deseño, do sistema de protección de incapacidades para o traballo, presenta graves disfuncións na protección da dependencia. Unha das máis notables é, precisamente, a consideración da grande invalidez coma un grao máis da incapacidade permanente para o traballo, o que implica consecuencias decisivas para a conformación do grupo dos potenciais beneficiarios da prestación. Se a revisión do grao de incapacidade, aínda que a propia cualificación sexa, se é o caso, a incapacidade permanente –no noso caso, a grande invalidez–, está sometida ao requisito de que o beneficiario que non cumprira a idade establecida con carácter xeral para acceder á pensión de xubilación (arts. 138.1, 139.5 e 143.4 LXSS), os maiores da dita idade –que como vimos dicindo son precisamente os potencialmente máis susceptibles de incorrer na dependencia e son precisamente os que determinan, polo crecemento do seu número, a necesidade de que a dependencia sexa considerada como un risco específico a efectos da súa protección– non poden ver recoñecido o seu grao de grande invalidez nin polo tanto acceder a esa protección específica³⁶.

Este problema é complexo e necesita unha revisión incluso respecto da propia coherencia da pensión de incapacidade permanente, atenda ou non á dependencia expresamente. Polo de pronto, unha vez que se xubila unha persoa non é posible revisar unha situación de incapacidade absoluta que co tempo deriva en grande invalidez e moito menos recoñecerlle a grande invalidez a un pensionista por xubilación que, co paso

³⁴ Aínda que o art. 137 LXSS remite a este concepto, dende a súa modificación pola Lei 24/1997, do 15 de xullo (art. 8. 1) a un novo desenvolvemento regulamentario, a falta deste, a propia LXSS, na súa Disposición transitoria quinta bis establece que se siga aplicando a lexislación anterior ata a súa aparición. A lexislación anterior, no que nos interesa, é o art. 137.6 LXSS, na súa redacción anterior á Lei 24/1997, do 15 de xullo, cuxa literalidade reproducimos no texto.

³⁵ AZNAR, *op. cit.*, pág. 210.

³⁶ AZNAR, *op. cit.*, pág. 198.

do tempo, devén dependente por razóns de idade e deterioro de saúde³⁷. Precisamente comentando esta circunstancia, observa Maldonado que o que acontece é que «el inválido anciano sólo interesa al sistema por su vertiente de anciano, obviando su carácter de inválido, quizá por entender –con unos planteamientos que ya deberían estar totalmente superados– que todo anciano tiene algo de incapaz»³⁸. Con todo, a doutrina propuxo solucións plausibles e non demasiado gravosas desde o punto de vista lexislativo. Propúxose así que «se deberá establecer un sistema de equivalencia de cuantías de forma que el inválido al cumplir los 65 años pase a tener una pensión de jubilación y una prestación de dependencia, que sea equivalente a la pensión de invalidez previa»³⁹.

A circunstancia anterior non é a única disfunción que formula a grande invalidez para a protección da dependencia. Como se viu, o que determina o estado de grande invalidez é a dependencia doutra persoa para realizar os actos vitais, de xeito que non existe razón de peso para conectar esa situación coa diminución da capacidade para o traballo do beneficiario, sendo datos extraprofesionais os que determinan a existencia da grande invalidez⁴⁰. Porén, na configuración actual desta prestación, como se sabe, a grande invalidez é, segundo a xurisprudencia maioritaria, un grao máis da incapacidade permanente, de xeito que só unha diminución da capacidade de traballo lle permite o acceso á protección, diminución que tamén, por certo, supón restrinxirlle o acceso ao ámbito do contributivo e aos requisitos xerais esixibles para gozar das prestacións de incapacidade permanente.

Por outra parte, e salvados os anteriores inconvenientes, aínda que derivado deles, existe ademais o problema da diversidade de cobertura desta situación que ocasiona o seu deseño contributivo. O que se quere sinalar é que a necesidade doutra persoa para os actos esenciais da vida é, por definición, unha necesidade común e igual para todos os seres humanos, mentres que a pensión de grande invalidez supón, como se sabe, un incremento do 50% da base reguladora sobre a prestación da incapacidade permanente absoluta, cuxa contía é do 100%. Iso quere dicir que canto maior sexa a base reguladora maior será tamén a cobertura económica da grande invalidez, circunstancia que levou incluso a formular o carácter discriminatorio da prestación⁴¹ porque cobre unha necesidade igual con cantidades diferentes.

³⁷ RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 31.

³⁸ MALDONADO, *op. cit.*, páx. 33.

³⁹ GRUZ ROCHE / RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 610.

⁴⁰ AZNAR, *op. cit.*, páx. 199.

⁴¹ RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 31. No mesmo sentido, Aznar, *op. cit.*, páx. 205, con cita de DE LA VILLA-DESDENTADO e ÁLVAREZ DE LA ROSA.

Outras prestacións do sistema poden considerarse igualmente protectoras, pero parciais e deficientes, da dependencia; sen ir máis lonxe, a pensión da incapacidade permanente non contributiva⁴², que prevé tamén un complemento para o caso de que o incapacitado necesite o concurso doutra persoa para os actos máis esenciais da vida (art. 145.6 LXSS), a xubilación non contributiva, inválida, así mesmo, para abordar a dependencia posto que non lle cobre a asistencia á terceira persoa e cobre un nivel de rendas moi baixo⁴³ ou o subsidio pola axuda de terceira persoa dos arts. 12 a 16 da Lei 13/1982, do 7 abril, de integración social dos minusválidos, subsistente con carácter transitorio (Disp. Trans. Undécima LXSS) e, polo tanto, non útil para a nova protección da dependencia⁴⁴. O elenco é ampliable en función da vontade de analoxía que o intérprete teña. Así, *v. gr.*, poderían citarse as prestacións a favor das persoas afectadas pola síndrome tóxica, as das vítimas dos delitos do terrorismo, as previsións relativas ás vítimas dos delitos violentos e contra a liberdade sexual, o réxime unificado de axudas públicas a diminuídos, as axudas económicas do IMSERSO para a terceira idade, as prestacións socioeconómicas da ONCE e a serie de prestacións non monetarias que varían en función da comunidade autónoma que as articula, sinaladamente, a atención a domicilio e a axuda ás familias cuidadoras, ás que me referirei outra vez un pouco máis abaixo⁴⁵.

De todas estas prestacións cabe facer obxeccións e críticas máis ou menos comúns que certamente se pechan nunha xeral, a saber, que ningunha delas pensou especificamente en protexer, como un risco incluído no sistema público da Seguridade social, a dependencia. Precisamente unha das primeiras críticas que cabe formular é a relativa ao conglomerado confuso e descoordinado⁴⁶ –moito máis ao incluír as accións protagonizadas polas comunidades autónomas– de accións das diversas administracións, que fan que sexa verdadeiramente difícil visualizar –non xa dominar– as posibilidades existentes, precisamente porque, como apuntan Ferreras e Aznar, non existe unha concepción global

⁴² Vid. AZNAR, *op. cit.*, páx. 215.

⁴³ MALDONADO, *op. cit.*, páx. 30.

⁴⁴ Vid. AZNAR, *op. cit.*, páx. 229 e ss. *et.* MALDONADO, *op. cit.*, páx. 29.

⁴⁵ Este elenco está explicado en Aznar, *op. cit.*, páx. 237 e ss. Aínda pode completarse máis, como dixer, a gusto da flexibilidade do intérprete, por exemplo, coa posibilidade de obter unha pensión de grande invalidez –de misérrima contía– a través do seguro escolar, (*id. op. cit.*, páxs. 224 e 229) ou aludindo ás medidas fiscais tales como as rendas exentas no IRPF (*op. cit.*, páx. 311). Outro elenco notable, tamén na obra de Maldonado, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁶ FERRERAS, *op. cit.*, páx. 18.

da protección, senón un conxunto solapado de accións entre as administracións⁴⁷.

O anterior supón xa a concorrencia doutra das circunstancias que poden ser criticadas na escasa e fragmentaria protección actual da dependencia, a débil posición xurídica dos cidadáns en situación de dependencia respecto do acceso e goce dunhas prestacións que a penas coñece. Neste sentido, ademais, non só o descoñecemento provén da dispersión das accións, senón que falta incluso, segundo a doutrina destacada, un dereito subxectivo aos diversos servizos, pois a marxe de discrecionalidade das diversas administracións concernidas é demasiado ampla⁴⁸. Esta discrecionalidade administrativa, por outra parte, chega ao paroxismo cando nalgunha medida estas prestacións se chegan a regular mediante produtos non normativos como as circulares que «desbordando la mera relación jerárquica, vienen a incidir en la posición jurídica de los interesados, obviando, sin embargo, garantías básicas, como la publicidad de las normas»⁴⁹.

Para pechar este elenco de defectos no deseño da protección de persoas dependentes, cabe aludir tamén á defectuosa utilización das prestacións familiares para cubrir situacións de necesidade das persoas discapacitadas maiores de idade, que as converte en meros suxeitos causantes, como cargas familiares, favorecendo a súa dependencia económica, de xeito que lonxe de incentivar a súa independencia mediante un dereito propio a prestacións, se perpetúa indefinidamente a súa condición de carga⁵⁰.

Apuntouse máis arriba a conveniencia de facer unha referencia expresa a algunha das prestacións que máis directamente se ocupan hoxe da dependencia, como é o caso dos servizos de asistencia a domicilio, estendidos, ao menos, por algunhas comunidades autónomas e unha de cuxas críticas iniciais –compartida coas anteriores– que cabe facerlles é precisamente as grandes diferenzas que se detectan entre as diversas comunidades autónomas que os prestan en canto á súa organización e al-

⁴⁷ As diferenzas entre as comunidades autónomas son denunciadas por MALDONADO, *op. cit.*, páx. 55, no relativo aos servizos de asistencia a domicilio. No sentir de AZNAR, *op. cit.*, páx. 334, «en el ordenamiento jurídico español existen diversos mecanismos sociales, tanto en el sistema de SS, como fuera de él, así como medidas fiscales, que cubren, directa o indirectamente, las situaciones de dependencia. No obstante, estos mecanismos no responden a un marco coherente, ya que no existe una política que contemple con sentido de unidad la cobertura de la dependencia».

⁴⁸ A crítica en AZNAR, *op. cit.*, páx. 253, referida aos servizos de axuda a domicilio e na páx. 263, estendéndoos aos servizos sociais que presta o IMSERSO.

⁴⁹ AZNAR, *op. cit.*, páx. 254.

⁵⁰ *Cfr.*, AZNAR, *op. cit.*, páx. 334.

cance⁵¹. Pero é que ademais, segundo se estudou, predominan as normas que non outorgan o servizo como un dereito subxectivo, senón condicionado ás disponibilidades orzamentarias, o que as sitúa no plano da beneficencia pública, cousa que, á luz das necesidades actuais, non é admisible. A protección atópase totalmente desvertebrada, podendo encontrarse axudas moi diversas, tanto ao contido coma aos requisitos para acceder á prestación⁵². Por certo que unha das modalidades de asistencia a domicilio, a adoptada pola Comunidade autónoma galega, o «cheque asistencial» vai ser un dos modelos con máis intensidade propostos para unha unificación futura.

Pero nin sequera cabe dicir o mesmo dos mecanismos de apoio ás familias cuidadoras, pois estes, de existir, son tan incipientes, que non cabe identificalos coma tales, senón máis simplemente como accións puntuais, pouco destinadas, precisamente, ás familias ou ás persoas cuidadoras⁵³.

En fin, como mostra da dificultade no manexo desta normativa dispersa, profusa e confusa, permítaseme o exemplo dunha listaxe, nin sequera exhaustiva –nin a vixencia nin a exhaustividade son circunstancias que se poidan garantir neste ámbito, tal é o seu grao de dificultade– da normativa que só na Comunidade autónoma de Galicia regula as prestacións de protección á dependencia:

- Lei 4/1993, do 14 de abril, de servizos sociais.
- Decreto 129/1996, do 29 de marzo, do traspaso de equipamentos adscritos á Consellaría de Sanidade e Servizos Sociais que crea as comisións mixtas con corporacións locais.
- D. 318/2003, do 26 de xuño. Acollemento familiar para persoas maiores e persoas con discapacidade.
- D. 243/1995, do 28 de xullo. Centros de servizos sociais, réxime de autorización e acreditación.
- Orde do 5 de febreiro de 1996 que desenvolve o D. 291/1995, que regula o rexistro e as entidades prestadoras de servizos sociais.

⁵¹ MALDONADO, *op. cit.*, páx. 55.

⁵² MALDONADO, *op. cit.*, páx. 53.

⁵³ Entre os exemplos que poden encontrarse na lexislación, *vid.* MALDONADO, *op. cit.*, páxs. 60 e ss., onde se fala, entre outros extremos, dentro da asistencia social, dos centros de día con iniciativas legais como a Lei 6/1999, da Junta de Andalucía, ou na Generalitat de Catalunya a Orde do 6 de marzo de 2000 que outorga unha axuda económica á familia cando se acredite unha falta de capacidade económica suficiente por parte do solicitante e da súa unidade familiar (a contía máxima da axuda económica é de 40.000 ptas); ou tamén dos dereitos laborais e de Seguridade social, escasamente atendidos, con todo, a pesar da promulgación da Lei 39/1999, do 5 de novembro, de conciliación da vida familiar e laboral e dos beneficios fiscais.

- Orde do 27 de febreiro de 1996. Centros de atención a inválidos propios, concertados e con reserva de praza. Procedemento de ingreso e traslado.
- Orde do 18 de abril de 1996. Centros de atención a persoas maiores. Condicións e requisitos específicos.
- Orde do 22 de xullo de 1996. Servizo de axuda a domicilio. Regulación.
- D. 375/1991, do 24 de outubro. Axudas para situacións de emerxencia social. Medidas básicas para a inserción social.
- Orde do 9 de marzo de 1992. Axudas económicas para acollida familiar de persoas maiores e minusválidos.
- Convocatoria *DOG* n° 18, do 25 de xaneiro de 1996. Axudas para acollida familiar de anciáns.
- *DOG* n° 247, do 19 de decembro de 1996. Axudas individuais non periódicas para anciáns.
- D. 258/1990, do 27 de abril, modificado por Lei 4/1993. Axudas e subvencións en materia de servizos sociais. Réxime xeral.
- Orde do 22 decembro de 1995. Axudas a persoas físicas e xurídicas por razón de interese social ou humanitario.
- Lei 5/1996. Acceso ao contorno de persoas con deficiencia visual.

2.2. Protección específica da dependencia (deseño)

Quere dedicarse esta parte do estudo ao achegamento das notas por onde podería camiñar unha futura protección da dependencia, reclamada, segundo se expuxo ao comezo, tanto desde o exterior do noso país coma internamente polos interlocutores sociais.

Este achegamento, desde logo, non é produto das ideas orixinais ou reflexións do autor, senón da recompilación que os estudosos do tema realizaron, en ocasións, coa intención expresa do deseño desa prestación futura da dependencia. En todo caso, para a súa conformación tivéronse en conta as experiencias doutros países que crearon unha protección específica para o grupo de persoas dependentes (Alemaña, Austria, Francia, Luxemburgo), ben entendido España non se encontra nunha situación última na materia, pois son outros moitos países do noso ámbito –e agora hai que pensar non xa na Europa dos quince, senón dos vinte-cinco– que «sólo están adoptando medidas coyunturales, aisladas y descoordinadas entre sí, sin una concepción global del problema, insertadas en la asistencia social, con el carácter estigmatizante que esta prestación tiene para sus perceptores»⁵⁴.

⁵⁴ FERRERAS, *op. cit.*, páx. 17.

Entre outras, está sendo de moita utilidade a experiencia francesa que implantou por primeira vez unha prestación denominada «específica de dependencia» en 1997, a fin de proporcionar recursos económicos a persoas con baixos ingresos que tiveran ao menos 60 anos de idade e que necesitaran a axuda doutra persoa para realizar os actos esenciais da vida. É unha prestación de asistencia social cuxa contía está en función do grao de dependencia e da non superación dun límite de ingresos. É interesante facer constar que para evitar a proliferación de contías de prestacións distintas en función do lugar da residencia do beneficiario e o diferente tratamento da protección en función dos recursos e prioridades políticas de cada un dos departamentos, substituíuse a «prestación específica de dependencia» do ano 1997 por unha nova denominada «prestación personalizada de autonomía»⁵⁵.

Como se viu no caso francés, no deseño da protección da dependencia é un valor indispensable a homoxeneidade e a coordinación. Segundo se dixo, «la protección de la dependencia tiene que ser una política pública general en la que se integren el sistema de prestaciones económicas de la Seguridad Social, los Servicios Sociales y el Sistema Sanitario ya que las situaciones de dependencia suelen requerir apoyos cruzados y complementarios que demandan grados de coordinación institucional crecientes»⁵⁶.

En canto á súa extensión, a protección débese centrar na actividade do coidado persoal do dependente e o apoio a ese coidado (prestacións técnicas e contorno favorable) e débese considerar a cobertura do risco, en coherencia co postulado polo Consello de Europa, segundo se indicou ao principio deste estudo, como parte integrante do sistema de protección social no que non só se inclúe a protección do dependente, senón tamén a dos seus coidadores, non só en materia económica, senón tamén en materia de prevención, rehabilitación e formación⁵⁷.

Este último concepto, o de «coidador», considéroo de vital importancia e é precisamente un dos conceptos a determinar. O que se formula, quizais, é a necesidade dunhas prestacións complementarias, a dos coidadores informais (familiares, normalmente) ou formais (prestacións técnicas) e as propias das persoas dependentes⁵⁸.

⁵⁵ A síntese do caso francés pódese ver en FERRERAS, *op. cit.*, páx. 23. A crítica, de primeira man e con especial referencia á desigualdade no acceso á protección social que provocou a primeira regulación de 1997, en INSEGUET, Jean-François, «La prestation spécifique dépendance: difficultés juridiques et enjeux financiers», *Droit Social*, nº 1, 1999. *Vid. et.* MALONADO, *op. cit.*, páx. 73.

⁵⁶ RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 28.

⁵⁷ RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páxs. 28 e 32.

⁵⁸ *Cfr.*, MALDONADO, *op. cit.*, páx. 39.

Máis valorable é a relación que ten que darse entre a idade e a dependencia –débase protexer só a partir dunha determinada idade ou non–, así como os extremos relativos, as circunstancias sociolaborais ou a situación económica do dependente, puntos nos que non se trata das bases da protección, senón de fixar ou non uns límites e cales sexan estes⁵⁹.

Dado este breve esquema da nova futura prestación, dedicarei tamén brevemente algúns apuntes a grandes cuestións do deseño concreto.

a) *Carácter contributivo ou asistencial*

O establecemento da protección da dependencia debe decidir, en primeiro lugar, se se quere que a protección se articule dentro da vertente contributiva do sistema ou da asistencial, asunto non fútil por canto diso vai depender, entre outras cousas, o ámbito subxectivo da protección e a súa forma de financiamento.

No dereito comparado, as opcións foron diversas. Así, no sistema austríaco as prestacións de asistencia artículanse como asistenciais, financiándose con impostos xerais, pero precisamente unha das críticas que se formula a aquel sistema é que unha prestación financiada con impostos xerais non teña en conta os recursos dos beneficiarios para a súa concesión⁶⁰. En Francia, o mecanismo de protección ten, na opinión dalgún estudioso, unha concepción difusa e ambigua entre a Seguridade social e a asistencia social a cal foi obxecto de críticas. En todo caso, o dereito é universal e a prestación por dependencia recoñécese sen ter en conta se o beneficiario cotizou ou non á Seguridade social. Tamén se recoñece a prestación sen que impida a existencia de ingresos do beneficiario e da unidade familiar, aínda que a súa contía si se fai depender deses ingresos⁶¹.

O modelo alemán, non obstante, aínda que se describiu como mixto, é basicamente de carácter contributivo, aplicando na súa articulación a técnica de repartición. Os empresarios, os traballadores e, tamén, os pensionistas cotizan para a protección da dependencia. Para compensarlles aos empresarios o incremento da cotización que supuxo a protección da dependencia, adoptáronse algunhas iniciativas legais entre as que destaca, pola súa curiosidade, a declaración como laborable dun día ao ano que é tradicionalmente festivo en Alemaña⁶².

⁵⁹ Sobre isto, véxase, con particular análise do caso alemán, a interesante STXCE do 8 de xullo de 2004, asuntos C-502/01 e C-31/02, GAUMAIN-CERRI e BARTH.

⁶⁰ FERRERAS, *op. cit.*, páx. 21.

⁶¹ FERRERAS, *op. cit.*, páx. 23.

⁶² MALDONADO, *op. cit.*, páxs. 74 e 76. E por certo, que neste modelo funciona a coordinación entre o sistema de previsión social e o modelo asegurativo privado. Vid. a STXCE do 8 de xullo de 2004, asuntos C-502/01 e C-31/02, GAUMAIN-CERRI e BARTH.

Os estudos prospectivos realizados en España apuntan a preferencia maioritaria dos expertos a favor dun sistema público universal de protección da dependencia, no marco da acción protectora da Seguridade social que reconeza esta como un dereito subxectivo para compensar o custo dos coidados do dependente, modelo cuxo contido protector se compón de prestacións económicas e servizos, pero que deben primar estes últimos xa que se quere, ademais, potenciar a creación de emprego (empregos persoais ou de proximidade) e implica activamente ás administracións territoriais na acción protectora. A prestación de servizos, sinala o estudo do modelo, estaría aberta á xestión privada⁶³.

Óptase, así, por desaconsellar o modelo profesional (contributivo) para a protección do risco de dependencia porque a súa cobertura no nivel contributivo deixaría sen protección ao groso das persoas de idade dependentes, que son mulleres que non realizaron unha actividade profesional⁶⁴. Ben que xunto a este razoamento plausible se verten outros máis cuestionables, tal como que «su canalización dentro del nivel contributivo tendría serias implicaciones en cuanto a su financiación»⁶⁵, argumento un tanto simple por canto parece querer infundir a sensación de que se a protección é asistencial non habería que pagala, cando o certo é que o seu financiamento non só ten que cubrirse economicamente a través dos impostos, senón que, ademais, é moito máis custosa por canto, precisamente, o ámbito subxectivo dos beneficiarios se amplía moi intensamente.

Certo é que, á hora de fixar contías –polo que ás pretacións económicas se refire– o criterio de suficiencia que debe presidir o establecemento da contía, parece aconsellar un tipo asistencial de prestación, pois a suficiencia, nos termos descritos –o termo estudouse en profundidade pola doutrina no tocante ao salario, *vid.* Del Valle Villar–, é igual para todos os cidadáns, con independencia do seu status social de partida⁶⁶.

b) *Financiamento e articulación*

A intención de ensanchar ao máximo posible o ámbito de cobertura da dependencia, dotándoo de carácter asistencial e aínda universal, esixe, baixo a pena de que un custo excesivo faga insostible a protección, o establecemento de certos límites que procuren o equilibrio económico nece-

⁶³ GRUZ ROCHE, RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 603.

⁶⁴ MALDONADO, *op. cit.*, páxs. 81-82. No mesmo sentido, segundo RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 35, «no se trata de dar una respuesta asistencial al problema de la dependencia, sino una respuesta universal, en el marco de la Seguridad Social y considerando como derecho subjetivo la protección de la situación de dependencia».

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ No mesmo sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, páx. 45.

sario para que a protección poida financiarse e manterse. Precisamente, as experiencias comparadas puxeron de manifesto disfuncións en materia de financiamento, *v. gr.*, no caso de Austria, o financiamento dos subsidios de asistencia realízase con impostos xerais, pois as prestacións non son da Seguridade social, senón asistenciais, e non se acepta que unha prestación financiada por impostos xerais non teña en conta os recursos dos beneficiarios para a súa concesión⁶⁷.

De aí que noutros modelos, maioritariamente, se introduzan factores de limitación das prestacións ou de racionalización do gasto. Así en Alemaña, se os ingresos son superiores a unha determinada cantidade non existe a obriga de asegurarse, pero pódese facer voluntariamente un seguro de enfermidade, en cuxo caso se converte en obrigatorio o seguro de dependencia. Tamén os pensionistas cotizan para a dependencia, pagando o 50% da cotización mentres que o restante 50% o aboa o Instituto de pensións. Os fondos para a atención da dependencia, ademais, xestiónanse por «caixas de dependencia», que constitúen un patrimonio separado do resto da Seguridade social⁶⁸. En Francia, o dereito á prestación faise depender de que o interesado non dispoña duns ingresos superiores aos 11.419 € anuais⁶⁹, porque a protección, tamén asistencial, non esixe que previamente se cotizara á Seguridade social, aínda que o seu financiamento é mixto, en parte con impostos xerais e en parte con cotizacións. O financiamento é, tamén, «mixto» en Luxemburgo, onde o Estado achega un 45%, con ingresos obtidos da tributación, incrementando os impostos da enerxía eléctrica, pero tamén a través de cotizacións. A protección, neste país, tampouco esixe un período previo de cotización, salvo que se trate de asegurados voluntarios no seguro de enfermidade, en cuxo caso se esixe un ano⁷⁰.

En canto á articulación da protección, existe, en primeiro lugar, no noso país, o problema das atribucións competenciais que constitucionalmente se reflicten nos arts. 148 e 149 CE, de xeito que ao lado da competencia exclusiva estatal en materia de Seguridade social (art. 149.1.17 CE), se encontra a competencia das comunidades autónomas en materia de asistencia social (art. 148.1.20 CE). Foi posto de manifesto como, ultimamente, a Lei 52/2003, do 10 de decembro, de disposicións específicas en materia de Seguridade social, redefine os principios e os fins da Seguridade social e modifica os arts. 2 e 38 da LXSS para advertir que calquera

⁶⁷ FERRERAS, *op. cit.*, páx. 21.

⁶⁸ Estes datos en FERRERAS, *op. cit.*, páx. 20. A cantidade que exige da obriga de asegurarse é, segundo a mesma fonte, de 40.034 €.

⁶⁹ FERRERAS, *op. cit.*, páx. 23.

⁷⁰ Os datos, tamén, en FERRERAS, *op. cit.*, páx. 25.

prestación de carácter público que teña por finalidade complementar, ampliar ou modificar as prestacións económicas da Seguridade social, tanto nas súas modalidades contributiva coma non contributiva, forma parte da Seguridade social –competencia exclusiva do estado, polo tanto, quererá a lei que se conclúa–. Este precepto aparece como unha esixencia da unidade do sistema e formula o problema do límite entre as competencias da seguridade social e da asistencia social, como aconteceu co precedente dos complementos de pensións autonómicos⁷¹.

Pero á altura do desenvolvemento que nos toca, probablemente este deslinde de competencias poida ser incluso non só un inconveniente, senón unha vantaxe. E é que, como despois apunteremos, as prestacións que a dependencia debe proporcionar son de dous tipos, económicas e técnicas, e dentro destas últimas, á súa vez, son de dúas clases, sanitarias e sociais⁷². O repartimento competencial encaixa á perfección atribuíndolle as prestacións económicas ao sistema da Seguridade social (de xeito que, en canto á xestión económica, a fortaleza e a superioridade do sistema permita un control eficaz en canto á distribución e corrección desas prestacións) e as prestacións técnicas (sanitarias e sociais) ás comunidades autónomas (que por proximidade poden realizar un servizo máis eficaz en función do tipo social de dependencia máis imperante en cada territorio).

Outro asunto de articulación que será necesario precisar é se, en efecto, a protección da dependencia se condiciona ao cumprimento dunha certa idade ou basta a necesidade de axuda para os actos da vida para que poidan causarse as prestacións de dependencia. En opinión de Maldonado, con cita de Aznar, non se deben fixar límites de idade e debe estenderse a cobertura a persoas maiores dependentes «y asimilados, grupo este último en el que se incluirían todos los sujetos que presentan las notas prototípicas de la dependencia, y por tanto siempre que tal situación derive de una discapacidad (y no por la corta edad del sujeto, obviamente) que requiera el cuidado de otra persona»⁷³.

En fin, non menos importante, á hora de abordar o ámbito subxectivo da protección, é determinar ata que punto este debe estenderse ás familias coidadoras, pois débese partir da realidade de que a familia é a es-

⁷¹ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, páx. 22, que cita, respecto do problema que causou unha grande axitación do complemento andaluz de pensións, a STC 239/2002, do 11 de decembro. O mesmo problema apúntao Maldonado, *op. cit.*, páxs. 84 e 91, respecto das prestacións que deba cubrir a dependencia (económicas, sanitarias e sociais), porque constitucionalmente estas materias «se encuentran adscritas a instancias diferentes, y hay una plena descentralización funcional y territorial».

⁷² GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, páx. 42.

⁷³ MALDONADO, *op. cit.*, páx. 83.

trutura determinante na protección da poboación dependente⁷⁴, de xeito que existe unha «necesidad de integrar plenamente a la población cuidadora en la estructura protectora con prestaciones económicas, técnicas, laborales y jurídicas que favorezcan la complementariedad entre la acción protectora pública y la familia haciendo compatible el cuidado informal con el trabajo y participación laboral del cuidador, sobre todo, de la mujer trabajadora cuidadora»⁷⁵.

c) Prestacións

En canto ás prestacións que debe proporcionar a protección da dependencia, creo que do tratado ata aquí pode desprenderse que han de ser de dous tipos, por un lado, as prestacións económicas e por outro lado, as prestacións técnicas⁷⁶, pero tamén se debe establecer unha gradación das prestacións.

Así, no dereito comparado, o modelo alemán opta por unha mestura de prestacións en cartos e en servizos, a partir dun nivel de incapacidade determinado que abre o dereito a prestacións, estruturado, á súa vez, en tres niveis de incapacitación que ocasionan outros tantos niveis de protección en función da súa intensidade. Tamén en Francia a contía da prestación está en función do grao de dependencia e aínda que se recoñece esta sen ter en conta a previa cotización do beneficiario cumpridos os 60 anos e acreditando unha residencia estable e regular en Francia, sen impedir o recoñecemento dos seus ingresos ata un certo límite, porén, si depende deses ingresos⁷⁷.

No sentir de Gruz Roche e Rodríguez Cabrero, a protección da dependencia debe articularse como un dereito subxectivo que compense o custo dos cuidados do dependente, cun contido prestacional económico e de servizos, pero primando estes últimos, o que á súa vez potenciaría a creación de emprego (empregos persoais ou de proximidade)⁷⁸, sen descoidar, tampouco, as medidas xurídico-laborais de protección da carreira laboral e do seguro do cuidador cando é un familiar.

⁷⁴ RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 39.

⁷⁵ RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio, «La población cuidadora», en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000), páx. 163.

⁷⁶ En opinión de MALDONADO, *op. cit.*, páxs. 84 e 91, a prestación por dependencia componse de tres tipos de actuacións: a económica, a sanitaria e a social.

⁷⁷ Estes datos de Francia e Alemaña en Ferreras, *op. cit.*, páxs. 19 e 23.

⁷⁸ GRUZ ROCHE, RODRÍGUEZ CABRERO, *op. cit.*, páx. 603. Na páx. 604: «el modelo protector de la dependencia aquí propuesto tiene una naturaleza mixta, pero prioriza los servicios frente a las prestaciones económicas, favorece los cuidados comunitarios frente a los institucionales o residenciales, señala la necesidad de coordinación entre los servicios sanitarios y sociales y reconoce el papel cuidador de la familia preferido por la inmensa mayoría de las personas mayores dependientes».

Especial atención merece, precisamente, a figura do familiar cuidador e non basta con esas medidas de garantía xurídico-laborais⁷⁹.

Na opinión dos autores recentemente citados, «es importante establecer un sistema de estímulo hacia la 'persona cuidadora', que fomente la permanencia del dependiente en su domicilio o en el domicilio de familiares y atendido por ellos. Si se adopta un sistema de cheque-servicio⁸⁰, la persona cuidadora recibiría la retribución correspondiente, incluso si es de la familia⁸¹». A prestación económica, polo tanto, debe atender tanto ás necesidades do dependente⁸² coma ás do cuidador⁸³. En fin, entre os supostos das familias cuidadoras debería tamén prestarse cobertura aos sistemas de acollida familiar⁸⁴ e de axuda a domicilio. ■

⁷⁹ Ademais, como observa LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, páx. 7, «tanto la entrada en el mercado de trabajo como las condiciones de trabajo de las mujeres están marcadas porque son ellas las que asumen las cargas de la dependencia de una forma más acusada que los varones. La presencia o no de políticas públicas de familia, que den soporte a los cuidadores y que planteen la dependencia de forma corresponsable entre hombres y mujeres, es un elemento clave para lograr la igualdad de trato».

⁸⁰ Un dos sistemas que se barallan pola doutrina como máis plausibles para a protección da dependencia. O sistema é, precisamente, o implantado pola Comunidade autónoma de Galicia. Segundo o D. 176/2000. é o sistema que propoñen GRUZ / RODRÍGUEZ CABERO, *op. cit.*, páx. 611.

⁸¹ Pero en opinión dos autores tan citados, os cheques-servizo, cando foran trocados en efectivo pola persoa cuidadora, deberían sufrir un desconto do 50%, atendendo a que son servizos non profesionais (*ibidem*).

⁸² E debe ser independente e compatible coa da xubilación, cando cumpra.

⁸³ MALDONADO, *op. cit.*, páx. 87.

⁸⁴ Seguindo a MALDONADO, *op. cit.*, páxs. 52 e 53, «el acogimiento familiar consiste en la integración del anciano en una unidad familiar distinta a la propia. Tiene como objetivo posibilitar que los ancianos que carezcan de familiares cerca de su entorno social, y no puedan o no deseen su internamiento en una residencia, gocen de un ambiente familiar, lo cual siempre es positivo para su integración social. Con este fin, cada vez son más las Comunidades Autónomas que conceden ayudas económicas a las familias acogedoras que cumplan ciertos requisitos». En canto aos servizos de axuda a domicilio (SAD) son unha fórmula cunha longa tradición na nosa historia protectora. A Comunidade autónoma de Galicia ten experiencia en ambas as accións. Así, respecto da acollida familiar, D. 318/2003, do 26 de xuño, en canto ao servizo de axuda a domicilio, Orde do 22 de xullo de 1996.

Bibliografía citada

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, M., «Seguro de dependencia: ¿qué interés tiene para el sector privado asegurador?»
- AZNAR LÓPEZ, Manuel, «La protección social de la dependencia en España (Legislación del Estado)» en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000).
- BARCELÓN COBEDO, S., QUINTERO LIMA, M. G., «Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia».
- BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., MUÑOZ RUÍZ, A. B., «La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama disperso».
- DUBIN, K., «La protección de la dependencia en los Estados Unidos».
- FERRERAS ALONSO, Fidel, «La reciente implantación del seguro de dependencia en algunos países europeos y breve referencia a España (Síntesis)», *Tribuna Social* n° 137, 2002.
- GARCÍA NINET, José Antonio, «Carta abierta al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales sobre la urgencia del seguro de dependencia», *TS* n° 163, 2004.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «La protección social de las situaciones de dependencia», *RL* n° 17-18, 2004.
- GRUZ ROCHE, Ignacio, RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio, «La protección social de la dependencia. Estudio Delphi y modelo protector», en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000).
- HELLSTEN, K., KALLIOMAA-PUHA, L., SAKSLIN, M., «Las diversas formas de la protección de la dependencia en Finlandia».
- INSERGUET, Jean-François, «La prestation spécifique dépendance: difficultés juridiques et enjeux financiers», *Droit Social*, n° 1, 1999.
- KERSCHEN, N., «La Dependencia como nuevo riesgo de la Seguridad Social: el ejemplo de la creación del seguro de dependencia en Luxemburgo».
- KESSLER, F., «El cuidado de las personas dependientes en Francia: la reforma permanente sin solución».
- KÖBL, U., «El seguro de dependencia alemán: principales rasgos y problemas actuales».
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia, «Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género», *XV Jornades Catalanes de Dret Social*, en línia www.ufp.es/dret/treball/jornades.
- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant on Line, ref. TOL 313921, en línia .
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, *La atención social a los mayores dependientes en la Comunidad Autónoma Gallega*, Publicacions do Valedor do Pobo, A Coruña, 2002.
- MERCADER UGUINA, J. R., «Concepto y concepciones de la dependencia».
- PÉREZ MENAYO, V., «Políticas públicas en materia de dependencia: situación comparada en la Unión Europea».
- RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio, «El problema de la dependencia: conceptualización y límites», en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000).
- RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio, «La población cuidadora», en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000).

SAINT-YOURS, Ives, «Crisis económica y garantía, por medio de la Seguridad Social, del Derecho a la Salud», en AA.VV, *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, UCM, Madrid, 1984.

VILÀ MANCEBO, Antoni, «Legislación autonómica sobre dependencias», en AA.VV., *La protección social de la dependencia*, MTAS, Madrid, 1999 (reimpr. 2000).