



UNIVERSIDAD DE GRANADA

PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA ASISTENCIA PERSONAL

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

Presentada por

D^a SUSANA MONTAÑEZ HEREDIA

Dirigida por

DR. D. JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

Universidad de Granada

2022

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Susana Morales Heredia
ISBN: 978-84-1117-810-5
URI: <https://hdl.handle.net/10481/81416>

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD DE LA TESIS

La doctoranda/*the doctoral candidate* Susana Montañez Heredia, y el director de las tesis */and the thesis supervisor/s*: Juan Antonio Maldonado Molina

Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de los directores de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Guarantee, by signing this doctoral thesis, that the work has been done by the doctoral candidate under the direction of the thesis supervisor/s and, as far as our knowledge reaches, in the performance of the work, the Rights of other authors to be cited (when their results or publications have been used) have been respected.

AUTORIZACIÓN DEPÓSITO DE LA TESIS

D. Juan Antonio Maldonado Molina, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en mi condición de Director de Tesis.

AUTORIZO la presentación de esta Tesis Doctoral denominada “PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA ASISTENCIA PERSONAL”, presentada por D^a. Susana Montañez Heredia.

Para que conste así lo firmo en Granada a ocho de noviembre de dos mil veintidós.

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, porque sin sus cimientos, no habría conseguido aquello imprescindible para llegar hasta aquí y aquello que me ha ayudado a conseguirlo.

Gracias a mi maestro y director de Tesis D. Juan Antonio Maldonado por dar luz ágil y rápida frente a todo aquello que me resultaba imposible. Ha sido todo un honor, estimado director. Todo el enriquecimiento que me ha proporcionado permanecerá en mí y yo en él, reconociendo siempre la gran capacidad de trabajo que posee y las dotes para la docencia, haciendo fácil lo incomprendible para el alumnado, de forma natural e innata.

Gracias a la Coordinadora del Programa y Tutora D^a. Francisca Villalba y a todas las personas integrantes del Programa de Doctorado de la UGR, porque me abrieron las puertas de par en par al confiar en mí, para poder estar hoy aquí.

A los mejores directores de Obra Colectiva con los que desea participar cualquier doctorando: D. José Luis Monereo Pérez, D^a. María Nieves Moreno Vida, D. Antonio Márquez Prieto, D. Francisco Vila Tierno, y sus Coordinadores D^a Belén del Mar López Insua, D. José Luis Ruiz Santamaría y a todos los profesores colaboradores. Gracias por considerarme digna de participar en esa magnífica Obra Colectiva de la Universidad de Granada y de la Universidad de Málaga. Sin saberlo, me dabais un nuevo y potente impulso para estar a la altura de tales circunstancias.

A mi familia, gracias por soportar tantas negativas, tantos momentos malos y gracias por escucharme, estando siempre a mi lado y dándome el apoyo de manera incondicional.

A todas y cada una de las personas que se han alegrado por este acto de hoy, que parecía no llegar nunca. Vuestros nervios y el envío de energía positiva “on line”, evidenciaban vuestro interés y cariño.

Después de batallar contra vicisitudes inimaginables, estoy agradecida de que se me hayan abierto las puertas de este gran Departamento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Gran Universidad de Granada. Sin lugar a duda, ES ESTE el lugar donde debía estar este trabajo de investigación y mi realización profesional como docente dando buenos frutos en la Universidad de Granada, si así lo considera oportuno este ilustre Tribunal que hoy me examina.

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal

ÍNDICE GENERAL

Declaración de originalidad de la Tesis	3
Autorización depósito de la Tesis	5
Agradecimientos.....	7
Índice general.....	9
Abreviaturas.....	13
I. INTRODUCCIÓN	17
II. MARCO REGULADOR DE LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	35
1. EL MARCO POLÍTICO-JURÍDICO INTERNACIONAL	41
1.1. La ONU y la discapacidad. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006	41
1.2. El Consejo de Europa y la discapacidad. La Carta Social Europea revisada	53
1.3. La política comunitaria en materia de discapacidad.....	57
1.3.1. Antecedentes y evolución.....	57
1.3.2. Los programas Helios	65
1.3.3. Empleo y Discapacidad.....	71
1.3.4. La Estrategia Europea sobre Discapacidad 2020-2030	85
1.3.5. La Agenda Urbana 2030: vivienda y desarrollo sostenible. Hábitat III	93
2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	101
3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: DESDE EL ESTADO DEL BIENESTAR, HACIA LA REFORMA TERMINOLÓGICA	137
4. NORMATIVA EN ESPAÑA: DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA Y POLÍTICAS SOCIALES DEL ESTADO DEL BIENESTAR	141
4.1. El sistema público de los servicios sociales. Especial consideración a la discapacidad, la autonomía personal y la dependencia	145
4.2. Las Entidades Locales: Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local	151
4.3. De la sustitución de la voluntad a los apoyos para hacerla visible: Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal	

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad. Especial consideración a la autonomía personal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.....	165
4.4. El Sistema de Promoción de la Autonomía y de Atención a la dependencia (SAAD): Necesidad de un cambio actual en paralelo	173
5. ESPECIAL REFERENCIA AL RD LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL.....	181
6. NUEVO PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO, DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD. REAL DECRETO 888/2022 DE 18 DE OCTUBRE.....	187
6.1 Criterios generales de graduación de las deficiencias en relación con el funcionamiento en las AVD y necesidad de asistencia de otra u otras personas.....	193
III. FILOSOFÍA DE “VIDA INDEPENDIENTE”. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA ASISTENCIA PERSONAL	197
1. EL MOVIMIENTO DE VIDA INDEPENDIENTE DESDE LA INFANCIA A LA MADUREZ..	197
1.1. La transdisciplina como modo de intervención.....	203
1.2. Las herramientas contra la exclusión por discapacidad	205
2. LA ASISTENCIA PERSONAL. PLANTEAMIENTO GENERAL	207
2.1. Fundamentos Teóricos y Normativos	217
2.2. Competencias y Funciones.....	223
2.3. Protección y Promoción Social: Marco configurador de los Derechos Sociales	237
2.3.1. Instrumentos europeos de medida y control.....	238
2.3.2. El Estado del Bienestar por medio del SAAD	239
2.3.3. La necesaria visión sectorial	241
2.3.4. Vectores determinantes de la Asistencia Personal.....	247
3. EXPERIENCIAS COMPARADAS	249
3.1. Suecia.....	253
3.2. Finlandia	258
3.3. Noruega.....	259
3.4. Reino Unido.....	261
3.5. Irlanda	263

IV. FORMAS COLECTIVAS DE PROVISIÓN Y DE PERSPECTIVA SOBRE LA ASISTENCIA PERSONAL.....267

1. LAS OFICINAS DE VIDA INDEPENDIENTE.....	269
1.1. La OVI de la Diputación Foral de Guipúzcoa	270
1.2. La OVI de la Comunidad Autónoma de Madrid.....	271
1.3. La OVI de Barcelona.....	271
1.4. La OVI de la Comunidad Autónoma de Galicia.....	272
1.5. La OVI de la Comunidad Autónoma de Andalucía.....	272
1.6. La OVI de la Comunidad Autónoma Valenciana	273
1.7. La OVI de Zaragoza.....	273
1.8. La OVI de La Comunidad Autónoma de Canarias	273
2. OTRAS EXPERIENCIAS DE VIDA INDEPENDIENTE.....	273
2.1. El Programa de Autogestores	274
2.2. Viviendas Compartidas y Viviendas Tuteladas.....	274
2.2.1. En Andalucía.....	275
2.2.1.1. Viviendas Tuteladas Paz y Bien.....	276
2.2.1.2. Viviendas Tuteladas de la Asociación de parálisis cerebral. Aspace	276
2.2.1.3. Viviendas tuteladas en Fundación Prode.....	277
2.2.1.4. Viviendas tuteladas de la Fundación Andaluza para la Integración Social de las personas con Enfermedad Mental. Faisem.....	277
2.3. El programa de Orientación Laboral y Empleo con Apoyo	285
3. UNA VISIÓN SECTORIAL Y TRANSDISCIPLINAR DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA	287
3.1. El apoyo informal versus al apoyo profesionalizado.....	288
3.2. La función notarial y la discapacidad	289
3.3. La Asistencia Personal en la infancia. El Derecho de la persona y el Derecho de la familia	292
3.4. El Derecho de Sucesiones: Libertad e Igualdad. Promoción de la Autotutela.....	295
3.5. El Derecho Procesal: Acceso a la justicia. La figura de la persona facilitadora. El defensor judicial. La accesibilidad cognitiva: las sentencias en lectura fácil entran en los juzgados y tribunales.....	299
3.6. El Derecho Tributario y la Autonomía de la voluntad. La protección patrimonial, Posibles exenciones a la asistencia personal	303
3.7. El Derecho sanitario. Acceso a la salud. El consentimiento informado.. ..	309

V. PROTECCIÓN SOCIAL DE LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	315
1. LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA PERSONAL	315
1.1. Finalidad de la Asistencia Personal	315
1.2. Ámbito Subjetivo	321
1.3. Finalidad de la Prestación de A.P.	322
1.4. Régimen de Incompatibilidades.....	331
1.5. El Servicio de Asistencia Personal.....	331
2. PRESTACIONES QUE INDIRECTAMENTE ATIENDEN ESA SITUACIÓN DE NECESIDAD	335
2.1. Ámbitos objetivo y subjetivo	339
2.2. El caso de Andalucía	343
2.3. Los Presupuestos Generales del Estado	354
3. ESPECIALIDADES GENERADAS DURANTE LA PANDEMIA POR COVID-19	359
VI. LA FIGURA DEL ASISTENTE PERSONAL	367
1. CONCEPTUACIÓN GENERAL.....	370
1.1. Características	370
1.2. Requisitos.....	372
2. FUNCIONES A REALIZAR.....	374
3. CONFIGURACIÓN JURÍDICO-LABORAL. ALTERNATIVAS.....	375
4. SU REGULACIÓN EN ESPAÑA.....	382
VII. LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL	391
1. NUEVO MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA: LEY ORGÁNICA 3/2022 DE 31 DE MARZO DE ORDENACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL	391
2. UNA NUEVA CONEXIÓN: LA FORMACIÓN PROFESIONAL ENTRA EN LA UNIVERSIDAD.....	397
3. LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA ASISTENCIA PERSONAL COMO PROPUESTA DE CALIDAD E INNOVACIÓN DOCENTE EN LA UNIVERSIDAD	401
VIII. CONCLUSIONES	409
BIBLIOGRAFÍA	421

ABREVIATURAS

A.P.	Asistencia Personal.
AA.PP.	Administraciones Públicas.
ABVD	Actividades Básicas de la Vida Diaria.
ACP	Atención Centrada en la Persona.
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AVD	Actividades de la Vida Diaria.
BOCCAA	Boletín Oficial de las Comunidades Autónomas.
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CC.AA.	Comunidades Autónomas.
CCC	Código Civil de Cataluña.
CE	Constitución Española
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud
CSE	Carta Social Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ.	Fundamento Jurídico
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
IP	Incapacidad permanente
IT	Incapacidad temporal
JA.	Junta Arbitral.
JAC.	Junta Arbitral Central.
JAZ.	Junta Arbitral de Zona.
JJ.AA.	Juntas Arbitrales.
JJ.AA.AA.	Juntas Arbitrales Autonómicas.

La Convención Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por instrumento de 23 de noviembre de 2007 y entrada en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

LAAD Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero.

LGDPD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LPPD	Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
MF	Ministerio Fiscal.
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OED	Observatorio Estatal de la Discapacidad.
OIT	Oficina Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONG's.	Organizaciones no gubernamentales.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
OVI	Oficina de Vida Independiente.
PEAP	Prestación Económica de Asistencia Personal.
PIA	Plan Individualizado de Actuación
RAE	Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley.
RDLeg.	Real Decreto Legislativo.
SAAD	Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SISAAD	Sistema de Información del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia
SNS	Sistema Nacional de Salud
SS	Seguridad Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDDHH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea.

NOTA DE LA AUTORA

En la construcción de las frases, se usa el masculino como genérico e incluyente del femenino, tal y como reconoce y permite la Real Academia Española de la Lengua (en adelante RAE).

Sobre los conceptos de personas con discapacidad, personas en situación de dependencia, se han utilizado en esta tesis los conceptos legales de personas con discapacidad y en situación de dependencia, y ello por varias razones. Primero, porque obedecen a dos colectivos independientes perfectamente diferenciados en su origen y tratamiento; y, segundo, porque como juristas, tenemos que estar al criterio legalmente establecido.

A nadie se le escapa, sin embargo, que no podemos ni debemos, sustraernos a los aspectos y conceptos sociales imperantes en el momento actual, como “diversidad funcional o capacidades diferentes” que evolucionan – y de qué manera - en el ámbito de la discapacidad y que van por delante de los operadores jurídicos en muchos aspectos, siendo referentes incluso de modificaciones legales exigidas, planteadas y conseguidas.

Igual ocurre con la expresión “persona en situación de dependencia”, dotado últimamente de connotaciones sociales en su nomenclatura como “adulto mayor” o “persona dependiente en las actividades básicas de la vida diaria”, etc.

Por todo ello consideramos que se demostrará que hemos avanzado y madurado como sociedad cuando, para hablar de estos colectivos, no sea necesario ir cambiando y explicando su nomenclatura a modo de justificación constante y tan sólo hablemos simple y llanamente de personas.

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal

I INTRODUCCIÓN

Según el Informe Olivenza de 2018¹, en España hay casi 1.800.000 personas con discapacidad, de manera que podemos hacernos eco de las palabras de nuestro ilustre escritor Juan Ramón Jiménez cuando dotaba de importancia a las personas más que a su número -en referencia a sus lectores- y construyó la certera expresión de que éstos eran “una inmensa minoría”. Esta acepción, si la entroncamos con el concepto de justicia social según el libro Blanco de la Dependencia, posee la siguiente argumentación:

“Porque es de justicia social de lo que hablamos, al promover que las personas con graves discapacidades tengan acceso, como un derecho subjetivo, a las prestaciones de los servicios sociales”².

A nadie se le escapa que este colectivo, en general, ha sufrido modificaciones en la manera de ser tratados jurídicamente y que, este hecho, ha promovido cambios evidentes desde la invisibilidad, hasta su consideración como colectivo sujeto a derechos en el ejercicio de su Autonomía Privada y que van dirigidos hacia la consecución de unos objetivos, de una autonomía personal y de una atención de las personas en situación de dependencia como tareas solidarias, comunes y compartidas³.

En este trabajo se va a poner de manifiesto la evolución de la protección social de la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico.

El desarrollo de las políticas protectoras de la discapacidad frente a las de la situación de dependencia, ha sido más intenso en la mayoría de los países de la Unión Europea (en adelante UE)⁴. En nuestra Constitución Española (en adelante CE) en su artículo 49 establece que

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a

¹ Informe que analiza la situación general de la discapacidad en España Editado por el Observatorio Estatal de la Discapacidad. 2018. www.observatoriodeladiscapacidad.info

² Rodríguez Castedo, A (Dir.); Cobo Gálvez, P. (Coord.). en AA.VV. Madrid .2005.” Libro Blanco de la Dependencia”. Ministerio de Asuntos Sociales. I Ed. pp.3-15.

³ Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “La cobertura de la situación de dependencia”, Relaciones Laborales, Nº 5, 2007, pp. 12 – 13.

⁴ Cfr. Molina Navarrete, C., “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las «materias» de «empleo», «trabajo» y «protección social»”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, Nº 283, 2006, pp. 120 – 121.

los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

El texto, habla sobre el tratamiento médico rehabilitador, que era propio de 1978, por lo que se hace necesario un enfoque adecuado al siglo XXI que sea de cambio de lo que puede ser algo percibido o descriptivo (el sentirse disminuido), que debe evolucionar hacia la igualdad en la consideración como persona en el ordenamiento jurídico.

En otro sentido, observamos la disyuntiva que se presenta, a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (en adelante LAAD), por la creación del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia (en adelante SAAD) y que es su encaje constitucional⁵.

Así, y analizando ambos textos legales, hay que decir que en nuestra C E, se dedican dos Títulos de la misma para dar cobertura al derecho a una atención integral e integrada de las personas en situación de dependencia en condiciones de igualdad a las prestaciones y servicios previstos en dicha Ley, que encuentran su cobijo en los artículos 148.1.20 y 149.1.17. De modo que, al contrastar estos dos preceptos, cabrían dos opciones. Por una parte, el Estado jugaría un papel principal en el desarrollo de esta nueva modalidad protectora a partir de la asunción por aquél de la legislación básica y el régimen económico. Por la otra, al contrario, tendrían las Comunidades Autónomas el protagonismo sobre la materia en cuestión al poder asumir competencias específicas.

Tanto en uno como en otro caso, cabe destacar que la norma Suprema, deja clara la posición de las Administraciones Públicas, garantizando los recursos necesarios para su financiación y la igualdad de acceso a la ciudadanía⁶, tornándose estos mandatos, en el eje fundamental de los desafíos públicos.

En relación a la regulación específica, cabe mencionar que en el año 2004, nace el Libro Blanco sobre la Atención a las personas en situación de dependencia en España, que reúne la información procedente de diversas investigaciones, así como la relativa al trabajo desarrollado por distintas entidades, organismos y organizaciones tanto de ámbito nacional como internacional⁷.

⁵ Kahale Carrillo, D.T.:“ El Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia: un estudio global”. DS Vol. 16, Número 1, Enero-Junio 2008.Pp18-30

⁶ Monereo Pérez, J., “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, Relaciones Laborales, Nº 14, 2001.

⁷ Aguilar Manjón, A., “Comparecencia en relación con el Libro Blanco sobre atención a las personas dependientes en España”, Trabajo Social Hoy, Nº 2, 2005, Pp. 67-84.

Por lo tanto, los acuerdos de las Administraciones Públicas (en adelante AA.PP.) junto con los agentes sociales y sindicales⁸, recogieron los principios básicos en los que se va a fundamentar la protección social en materia de discapacidad y de dependencia. La fórmula está destinada a recoger y desarrollar los principios básicos establecidos en el Acuerdo de protección social que amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social, articulada mediante una serie de principios, entre los que se destacan la universalidad de la cobertura y el acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad.

Asimismo, se demanda una urgente regulación de la dependencia en la que se recoja la definición de esta, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas de garantías para su protección con criterios de igualdad⁹.

Aunque brevemente considerado, y con relación a los mayores, la garantía de la promoción de la autonomía destaca en el artículo 50 de nuestra CE, al hablar de la Tercera edad, señala 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”.

Una primera conclusión, como se ha dicho, se destapa modo de regulación de base cual es el tratamiento de la suficiencia de recursos para los colectivos necesitados de la protección social y de la promoción de la autonomía¹⁰.

Resulta cuanto menos curioso, comparando estos dos artículos, la diferencia en el planteamiento. Nos referimos al hecho de que este segundo artículo nos resulta incluso ahora más moderno que el anterior y que incluso nos define lo que hoy conocemos como envejecimiento activo y derechos sociales¹¹.

⁸ Se suscribe entre el Gobierno y los agentes sociales (CCOO, UGT, CEOE y CEPYME), el 8 de julio de 2004, el Acuerdo sobre competitividad, empleo estable y cohesión social..

⁹ Fernández Muñoz, J., “El Libro Blanco sobre atención a la dependencia en España: Cuestiones básicas”, Trabajo Social Hoy, Nº 2, 2005, Pp115- 124.

¹⁰ García San Miguel, L (Dir.) “La igualdad en la aplicación de la Ley”, en AA.VV.), El principio de igualdad, Dykinson-Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2000.

¹¹ La Organización Mundial de la Salud (OMS) adoptó el término envejecimiento activo a fines de la década de 1990.

Creemos que la causa de ello son los entornos culturales que acompañan a las normas y que son su fuente de inspiración y, en ese sentido, los antecedentes se remontan tras la Segunda Guerra Mundial. Algunos países, entre las que pueden citarse Italia (en su Constitución de 1947, Art. 38) y Francia (en el Preámbulo de la Constitución de 1958), reproducen la fórmula mencionada, Así en el Preámbulo de la Constitución de la IV República, se afirma el derecho de todo hombre que por su razón de su edad se encuentre en la incapacidad de trabajar a obtener de la colectividad los medios convenientes para su existencia.

Junto a las anteriores, la referencia a los derechos sociales, lo encontramos en el art. 72 de la Constitución portuguesa de 1976, seguida en este punto con bastante fidelidad por los constituyentes españoles.

Por otra parte, el santo cualitativo en la prohibición de discriminación por razón de edad se encuentra recogido en el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007), cuyo art. 25 lleva por rúbrica Los Derechos de las Personas Mayores estableciendo que *“La Unión (Europea) reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”*¹².

En el momento contemporáneo, nos encontramos que junto al colectivo de las personas mayores, se encontraban las personas con discapacidad, ambos sin reconocimiento social alguno y cuyo cuidado se sustentaba en un trato familiar o médico-rehabilitador las mejores de las veces, cuando no de prescindencia absoluta en el peor de los casos.

En la actualidad, este trabajo pone de manifiesto que la visión es otra: En el ámbito de la investigación en Ciencias Jurídicas, donde los textos normativos suponen la concreción de las ideas de un Estado Social y Democrático de Derecho, vamos a aportar la visión de que el colectivo de las personas con discapacidad y las que tienen dependencia, deben tener el mismo trato como personas ante la ley y de que la dignidad debe ser inherente a ellas. Esta idea significa, tal y como reconoció la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 146/1986 de 18 de abril que debe aplicarse la regla del art.10.1 CE, que se proyecta sobre los derechos individuales, implicando la dignidad ha de permanecer inalterada, cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe respetar.

¹² Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Derechos de las Personas Mayores», en Monereo Pérez y Monereo Atienza, La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, p.. 558.

Junto a esta, existen diversas sentencias, que contienen referencias a las intervenciones del Estado en materia de asistencia social¹³.

La acción del Estado, también se ha ejercido por una vía indirecta, mediante consignaciones en los Presupuestos Generales del Estado asignando partidas de gastos referidas a aquellas actuaciones, cuya gestión intentaba ejercer el gobierno central frente a las CC.AA.¹⁴.

En definitiva, El Tribunal Constitucional afirma que, la asistencia social es una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, entre los que se encuentra el de su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de organismos públicos¹⁵.

De lo que se trata es de la concreción de la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad al unísono, junto al igual reconocimiento como persona ante la ley, que debe tener en cuenta su derecho a la Vida Independiente.

En definitiva, el tratamiento de las personas con discapacidad y de las que tienen dependencia, no debe estar basado en una foto fija que se contempla a distancia, sino que estos colectivos, han salido de ese cuadro de la inmovilidad observada para exigir poder ser sujetos activos de sus propias vidas y, esa actuación, tiene más sentido desde el momento en que la promoción de la autonomía y la especial consideración a la Asistencia Personal, los incluye como partícipes de una historia de vida plena en primera persona.

Este reclamo social, surge porque la promoción de la autonomía de la persona con discapacidad y de las que tienen dependencia, ha venido a quedarse, debido al aumento de la calidad de vida de estos colectivos, junto al hecho del descenso de la mortalidad en personas mayores y el planteamiento del envejecimiento activo como forma de compromiso social¹⁶.

¹³ Fernández Farreres, G., La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico, Iustel, Madrid, 2005.

¹⁴ Panizo Robles, J., "Novedades de Seguridad Social al inicio de 2007: (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social incorporadas a la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación)", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, Nº 287, 2007, p.s. 3-100.

¹⁵ Palomeque López, C., "El principio constitucional de «unidad del orden económico nacional» y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y Seguridad Social", Derecho del Trabajo y razón crítica, Caja Duero, Salamanca, 2004, Pp. 145-162.

¹⁶ Sobre el descenso de la mortalidad en los países de la UE-27 y la esperanza de vida en los mismos vid. European Comisión: Demography report 2010. Older, more numerous and diverse

Junto a estas consideraciones, las variantes que vamos a tener en cuenta para la promoción de la Vida Independiente de una persona con discapacidad pueden ser las siguientes:

Primera, determinar que la promoción de la autonomía no es unívoca, ni en los sujetos ni en los modos de llevarla a cabo y es planteada en este trabajo, por medio de varias perspectivas. Así, nace del propio estado del bienestar de la persona, de querer alcanzar su propia vida independiente en igualdad y en equidad.

Segunda, favorecer el convencimiento de que con un Sistema que promueva la garantía jurídica de estos derechos fundamentales, se generarán actuaciones por parte de los profesionales competentes en la materia. Ejemplo de ello, podría ser que mediante el plan individualizado de atención (en adelante PIA), la metodología de intervención cuente con la participación directa de la persona beneficiaria.

Tercera, es necesario aceptar que la promoción de la autonomía comienza a través de un entorno basado en la accesibilidad y en su adaptación para la vida independiente. Sobre todos, destaca la figura jurídica de la asistencia personal que consideramos surgió como recurso clave de inclusión en la comunidad y cuya necesaria configuración jurídica se hace imprescindible en estos momentos para un colectivo que lleva años reclamándolo.

Los datos estadísticos también se posicionan a este respecto pues debido a la inversión de la pirámide poblacional, la población mayor de 60 años en el año 1991 totalizaba 7,5 millones de personas, en 2010 se incrementó a 9,6 millones, para alcanzar los 10,9 millones en el 2020, llegando a superar, incluso, los 14 millones en el 2040. No obstante, dentro de este grupo, el colectivo de mayores de 80 años se duplicará entre los años 1991 y 2010, pasando de 1,1 millones a 2,2 millones de personas. En el año 2020 superó los 2,4 millones de personas, para alcanzar los 3,1 millones de efectivos en el horizonte del 2040¹⁷.

La aprobación de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a la Dependencia (en adelante LAAD) significó la puesta en marcha del llamado Sistema para la Autonomía y Atención y Atención a la Dependencia (en adelante SAAD), un sistema que debe

Europeans, marzo, 2011, p. 33 y ss. Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; La Excedencia por cuidado de familiares. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

¹⁷ Panizo Robles, J., "La cobertura social de la dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia)", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, N° 286, 2007, p.49.

considerarse insertado en el Sistema de Protección Social, como marco general que expresa unitariamente toda la variedad de instituciones destinadas a satisfacer las necesidades de servicios esenciales y la cobertura de riesgos sociales¹⁸.

De esta forma, podemos considerar que el sentido que subyace es el de concebir la dignidad como despliegue “en común de todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida, y promover el bienestar de todas las categorías de (...) poblaciones”¹⁹.

En materia normativa internacional, destaca la Convención Internacional de los Derechos con Discapacidad consolidada en Nueva York el 13 de diciembre de 2007, (en adelante la Convención) y que, ratificada por España junto a su Protocolo facultativo, entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008 formando parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. La base de partida, lo marcó el movimiento de Vida independiente (en adelante V.I.) del que hablaremos más adelante y que con el lema de “nada sobre nosotros, sin nosotros”, indica la proactividad que ofrecen y las garantías que quieren recibir. Desde la posición de ser considerados como sujetos titulares de los derechos, en igualdad de condiciones que los demás.

Si los recursos y prestaciones del Sistema son adecuados para los derechos subjetivos creados y reconocidos, partimos de la base de que, el mejor recurso que responde a la libertad y que va más allá de la voluntad de querer y saber del ámbito civil de la persona, es la prestación o el servicio de la Asistencia Personal. Varias son las razones:

- Por el carácter Universal de los Derechos, por considerar en todas las personas, la posibilidad de creaciones y oportunidades sin límites en cada jornada de vida diaria²⁰. Al configurar una nueva modalidad de protección y promoción social, se amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social, articulada mediante una serie de principios, entre los que se destacan la

¹⁸ Gonzalo González, B.: “Presentación” al Código de Protección Social, MTSS, Madrid, 1995, p. 10

¹⁹ Preámbulo la Carta Social Europea de 1961.

²⁰ De esta manera, y al modo en que se considera la accesibilidad, la Autonomía Universal debe considerarse desde el origen con el diseño de Vida Independiente para las personas con discapacidad y las que tienen dependencia.

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal
universalidad de la cobertura, a promoción de la autonomía y el acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad²¹.

- Por la posición de garante del Sistema que va más allá del tener que ser accesibles como sociedad y que alcanza la legitimidad de garante, cuando el desafío público se dirige hacia los derechos fundamentales. El Estado debe garantizar entonces la igualdad básica en el acceso a las prestaciones de todas las personas, con unos mínimos iguales en todo el territorio español²².

. Por el encuadre de la figura dentro del llamado Sistema del Estado del Bienestar. Así, cuando hablamos de prestaciones, la LAAD, articula tres tipos de prestaciones económicas específicas:

- a) La prestación vinculada al servicio (art. 17);
- b) La prestación para cuidados en el entorno familiar (art. 18); y
- c) La prestación de asistencia personalizada (art. 19).

Las prestaciones ofertadas por el SAAD son de diferente naturaleza, distinguiéndose entre servicios y prestaciones económicas, y ayudas para la financiación de necesidades específicas. Estas últimas, son las destinadas a la promoción de la autonomía personal y a la atención de las necesidades de las personas con dificultades en la realización de las actividades básicas de la vida diaria, que serán coordinados entre los servicios sociales y los servicios sanitarios²³.

Mediante el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad se amplió a todos los grados existentes haciendo más extensiva su aplicación “La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados”. Junto ello, el RD 1051/2013, de 27 de diciembre, que regula las prestaciones del SAAD, es parco en promocionar la autonomía y, en la atención a la dependencia, tan sólo considera como prestación económica la de cuidados

²¹ Rubio Llorente, “La igualdad en la aplicación de la Ley”, en AA.VV. García San Miguel, L (Dir.), El principio de igualdad, Dykinson-Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2000. el mismo estudio en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº 1, 1997.

²² Pérez Bueno, L., “La configuración de la autonomía personal y la necesidad de apoyos generalizados como nuevo derecho social”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Nº 60, 2006, Pp. 41-42.

²³ Fantova Azcoaga, F., “La coordinación estructural de la asistencia sanitaria y de los servicios sociales”, Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar, Nº 1, 2006, Pp. 12-22.

en el entorno familiar, pasando las otras dos a una tercera categoría acertadamente calificada, como una categoría híbrida, y que estaría formada por los “Servicios a través de prestaciones económicas” (donde se incluyen la prestación económica de asistencia personal, y la prestación económica vinculada)²⁴.

Hasta hace poco tiempo, el uso del término de integración primaba para indicar la participación de las personas con discapacidad en diferentes ámbitos de su vida y su cotidianidad, aunque estaba especialmente referido a la integración escolar y a la integración laboral²⁵.

La influencia social y doctrinal que culminó en la elaboración de la Convención de personas por discapacidad pone el acento en el carácter definidor por excelencia que es la inclusión²⁶. Varios son los fundamentos:

.El primero, es la igual consideración como persona ante la ley, proclamado en el art. 12 de la Convención. Su clave es aunar la capacidad jurídica y la de obrar, manifestada en el ejercicio de la autodeterminación que tuvo su raíz en el movimiento colectivo social americano, Se puso entonces de manifiesto, que correspondía a las AA.PP. recoger ese efecto mariposa generado a modo de derecho fundamental dentro del Sistema, de manera intrínseca y como una versión mejorada de gestión pública.

La creación de este nuevo paradigma público que podemos denominar como “el Sistema Pro”, parte del avance que supone el principio general “pro capacitas” de las personas, necesitando en determinadas ocasiones y según el tipo de discapacidad, la necesidad de comprobar la efectiva promoción y provisión de los apoyos específicos dotados para ello como parte de la responsabilidad pública.

Todo este cambio planteado, requiere de una visión holística del mismo, cuyo un marco regulador pleno que desemboca en la inclusión de las personas con discapacidad, desde el diseño, contando con los protagonistas, como en el clamor de la filosofía de Vida Independiente.

²⁴ Maldonado Molina, J.A.: “Los Sistemas Protectores de la Dependencia”. P. 60. Máster Universitario en Gerontología, Dependencia y Protección de los Mayores. UGR, curso 2013/2014.

²⁵ Díaz O.C. Equidad, Inclusión y Discapacidad. Segundo Foro Distrital de Discapacidad (CD - ROM). 2005

²⁶ Verdugo, M. A. De la segregación a la inclusión escolar. Instituto Universitario de Integración en la Comunidad (INICO). Universidad de Salamanca. España. 2004. Disponible en http://www.down21.org/revista/art_prof/A_verdugo

Consideramos esencial hacer la distinción entre los conceptos de inclusión e integración ya que la diferenciación supone varios siguientes aspectos:

1.- En la integración:

- a) Las personas con discapacidad “se preparan” en entornos especiales para poder ingresar y participar en la vida “normalizada”,
- b) Los cambios necesarios para ello, se realizan sobre las personas con discapacidad,
- c) Las personas con discapacidad son las que deben adaptarse a los sistemas que ya existen
- d) Las transformaciones son superficiales, más de apariencia que de contenido,
- e) Sólo se insertan en el Sistema a las personas que se consideran “aptas”,
- f) Se piensa, colectivamente, que el grupo de personas con determinada discapacidad son iguales todas, no respetándose su individualidad.
- g) Las limitaciones impuestas, se justifican para realizar el cambio social y personal en un determinado sentido, como expresión de “buen hacer colectivo”.

2.- En la inclusión:

- a) Las personas con discapacidad no necesitan superar la preparación para la vida normalizada,
- b) Los cambios se hacen por parte de todos y benefician a todos porque todos ganan,
- c) La sociedad se adapta para atender las necesidades de las personas con discapacidad,
- d) La sociedad se vuelve más atenta a las necesidades de todas las personas,
- e) Se defienden los derechos de todas las personas,
- f) Se permite y se promueve la participación de grupos no integrados totalmente en el sistema,
- g) Se transforman los sistemas para que sean de calidad para todas las personas.
- h) Se atienden a las limitaciones porque son reales,
- i) Se promulga que todos somos diferentes todo somos personas,
- j) No hay que separar con barreras visibles o invisibles a los normales de los especiales y excepcionales,
- k) Se conocen las limitaciones y se trabaja con ellas ofreciendo apoyos para hacer realidad el cambio personal y social.

Con relación a la inclusión, en su conjunto, consideramos en este trabajo , que debe ser abordada dentro del marco de la “Protección Social Pública. Políticas sociales del Estado del Bienestar”, como línea de investigación perteneciente al Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Granada. En concreto, se realiza un planteamiento de la Asistencia Personal como frontispicio construido para la promoción jurídico-social de la autonomía de las personas con discapacidad y de su inclusión en la comunidad.

La definición del tema central de la tesis se va a desarrollar desde dos hipótesis principales:

1.- La Primera Hipótesis es la siguiente: discapacidad y vida independiente: ¿oxímoron o contrasentido?

Según la Real Academia Española (En adelante RAE) contrasentido es: 1. m. Interpretación contraria al sentido natural de las palabras o expresiones. 2. m. Despropósito, disparate. 3. m. Fil. Concepto que se opone a lo que parecería deducirse de proposiciones antecedentes.

Por otra parte, y según la RAE, el Oxímoron es la: “Combinación, en una misma estructura sintáctica, de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido, como en un silencio atronador”.

Siguiendo a la Real Academia, la Autonomía es definida como:

1. f. Der. Capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás, dentro de los límites que la ley señala.

Y el carácter de Universal como:

“ 2. adj. Que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno. Y en otra acepción: 6. adj. Ling. Propio de un cuantificador. Cualquier, tiene valor universal en “Se enfada con cualquier cosa”.

La conclusión a la que queremos llegar es la de que ambos conceptos de discapacidad y vida independiente no sólo no son un contrasentido., sino que consideramos que son un oxímoron. Esto es, por medio de su unión, se da lugar a la creación de un nuevo valor: la protección jurídico social de las personas con discapacidad y de las que tienen dependencia enmarcado en el nuevo paradigma de la Promoción de la Autonomía Universal, esto es, para todas las personas con discapacidad y en todos los ámbitos de su vida.

Así, se fortalece lo que hemos denominado Transformación del Sistema más que el cambio de este, pues las actuaciones públicas y privadas deben ser dirigidas hacia la “versión Pro capacidades” como garantía de los derechos sociales y de la autodeterminación de las personas con discapacidad²⁷.

El ser humano, puede necesitar ayuda para realizar ciertas actividades a lo largo de su vida, y, de hecho, eso sucede con los mecanismos jurídicos de la guarda de hecho, curatela, representación, delegación o poderes preventivos, por ejemplo. Sin embargo, en este siglo, consideramos que lo hay que construir, son recursos claves que proporcionen seguridad a las personas en su desarrollo como tales, sin interferencias ajenas o compromisos sociales de solidaridad puntuales. Ahora, la garantía lo es de promoción, desarrollo y defensa de la autonomía de la persona.

Así, con el abordaje de estas cuestiones, se llegará a la conclusión de que el derecho a la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida, se reconocen en las personas con discapacidad, ya sea ejercido por sí mismas o mediante la provisión de los apoyos que sean necesarios para ello, lo que subraya y refuerza la dignidad humana y sus derechos sociales inherentes.

2.- La Segunda Hipótesis es la siguiente: Consideramos que la Asistencia Personal es el recurso clave que mejor simboliza y ejecuta la filosofía de V.I. y la inclusión en la comunidad en condiciones de igualdad. Es el lema de este movimiento “nada para nosotros sin nosotros”, el que va determinando claramente cuál es la fuente de partida y cómo debe ser la promoción, desarrollo y defensa del colectivo, que son así, sujetos de derechos y no objeto de estos.

Supone igualmente, una reclamación en voz alta dirigida a los Poderes Públicos que deben cambiar sus desafíos públicos hacia modificaciones legales que deben dar respuesta a la necesidad de una transformación del Sistema, en su conjunto, pues es el ordenamiento jurídico, en este sentido, es el que debe tener en cuenta el nacimiento de nuevas fuentes, costumbres y principios esenciales del Derecho.

En el caso de las personas con discapacidad y de las que tienen dependencia, la evolución social no tiene sentido sin la Asistencia Personal por lo que debe ser dotada de la entidad jurídica digna y suficiente que aún le falta en muchos sentidos.

²⁷ Podemos decir que la versión pro, difiere de las otras porque lo que se plantea no son esfuerzos sociales para garantizar accesibilidad, sino derechos que nacen con la propia persona y que es necesario respetar más allá de ser accesibles.

En definitiva, la finalidad no es otra que realizar un “status quaestionis” en los ámbitos internacional, estatal, autonómico y local sobre la materia, y fundamentaremos estas posiciones por medio de la recopilación, el análisis y la sistemática jurídica, con el fin de demostrar que el nuevo concepto que nace como oxímoron, es posible en base a la operación siguiente:

Discapacidad + Autonomía Universal = Vida Independiente

Además de esto, vamos a proponer alternativas necesarias en el caso de encontrarnos con antinomias o vagas configuraciones jurídicas. Así, el eje de la tesis no lo es como del llamado “*soft law*” como de principios, recomendaciones o directivas” y no se pueden tomarse como una simple convergencia de objetivos de los sistemas nacionales de protección social enmarcada en el enfoque del “Pilar de Derechos Sociales”²⁸ sino como del llamado “*hard law*”, donde se aportan fundamentos sobre la necesidad y viabilidad técnica y político jurídica de la autonomía universal de los colectivos vulnerables, como protección social pública y políticas sociales del Estado del Bienestar surja con el convencimiento de que el Derecho, no es algo aislado ni inamovible, sino que es necesario tenerlo en cuenta como elemento evolutivo en su conjunto. Para ello, por un lado, se deberá tener en cuenta toda la trayectoria que supone la inclusión de las personas con discapacidad desde la filosofía que subyace, hasta el acto administrativo que la reconoce. Por otro lado, consideramos que las respuestas jurídicas deben serlo del Derecho como un todo y no sobre unos artículos determinados²⁹.

Consideramos indispensable para esta finalidad, crear un auténtico derecho a la Autonomía de las personas con discapacidad y de las que tienen dependencia, que garantice un estándar mínimo y común de la protección y configuración jurídica de la figura de la Asistencia Personal como principio de garantía jurídica. Estas alternativas, se proponen como finalidad de lege ferenda, y para ello, la figura central propuesta es la Asistencia Personal, que en gran parte está necesitada de una conceptualización jurídico laboral que delimite claramente su configuración.

Así, y como objetivos específicos, se distribuye el trabajo en tres partes:

En la Primera Parte, se pretende:

1.- Desmembrar el marco jurídico a distintos niveles competenciales, las distintas corrientes doctrinales y la jurisprudencia específica.

²⁸ Monereo Pérez, J.L.: “Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social”. Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Vol. 8, n.2/2018, p. 252.

²⁹ Por ello, se propone la mejora de la práctica jurídica, acercando aún más, el contenido del Derecho en su aplicación para con la ciudadanía dentro del ámbito de la protección social.

2.- Analizar el marco político-jurídico de la inclusión de las personas con discapacidad desde la triple versión Internacional, Estatal y Autonómica, para determinar el nivel de cumplimiento y estrategias elaboradas desde el sector público.

3. Exponer la figura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) y las repercusiones de las Sentencias que emite como máximo intérprete de las normativas internacionales y de coordinación de las funciones de los Estados Parte.

4.- Exponer las modificaciones normativas en el ámbito municipal debidas, fundamentalmente, a sus intervenciones cada vez más crecientes y relevantes en materia de protección de los derechos sociales, por ser la primera puerta de acceso de la ciudadanía.

5.- Conocer la filosofía de Vida Independiente y sus diferentes formas de provisión, haciendo un recorrido desde las experiencias comparadas, hasta las existentes en España.

En la Segunda Parte, se va a proceder a:

1.- Realizar un diagnóstico longitudinal y actitudinal de la Asistencia Personal en España como planteamiento general existente.

2.- Proponer un marco de actuación de fundamentos teóricos, el camino hacia la creación de una “cultura pro capacidades” de las personas con discapacidad por parte de la sociedad y las Administraciones Públicas. Para ello, partimos de la base de considerar la cultura, como aquello que nos queda cuando hemos olvidado todo lo que hemos aprendido y que nos surge de manera natural, sin pensar, como poso en nuestra manera de actuar y de ser.

Este trabajo pondrá de manifiesto, cómo nos queda aún mucho camino por recorrer como Estado y como sociedad, en este sentido.

3.- Revisar el estado de la cuestión desde una triple perspectiva sobre el tratamiento de la materia en el campo doctrinal, en el normativo y en el jurisprudencial.

Así, en el aspecto doctrinal, se va a analizar de forma técnico-jurídica, el punto de partida sobre la necesidad que tiene para algunos autores, el hecho de “encasillar jurídicamente” a las personas con discapacidad y más aún si son dependientes. Esta corriente, plantea una total distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar según deficiencias, para otorgar o denegar la capacidad jurídica en cada caso. Frente a ello, nos postulamos en el sentido de que configurar una corriente desde la promoción de la Autonomía y su protección jurídico social.

En el aspecto normativo y dentro de la legislación específica, queremos detectar posibles antinomias jurídicas que van en contra de la igualdad y de la

no discriminación de las personas con discapacidad y de la intervención en dependencia³⁰.

En el aspecto jurisprudencial. Se van a analizar algunos pronunciamientos jurisprudenciales recientes de ambiguo y sorprendente contenido, al exponer como "no vinculante la consulta a la persona interesada dentro de la Elaboración del PIA, o considerar "la A.P. como una opción política no sujeta al control que la jurisdicción ejerce", siendo por tanto un concepto que carece de seguridad jurídica, lo que consideramos claramente contrario al sentir de las normas.

En este sentido, también será enriquecedor la exposición de la escasa jurisprudencia en esta materia por parte del TJUE, pues consideramos que tiene una posición relevante a modo de coordinación y persuasión jurídica, siendo unificador de criterios internacionales, sobre todo, resolviendo cuestiones prejudiciales planteadas por los Estados Parte ante litigios surgidos sobre la materia.

En la Tercera Parte, se pretende:

- 1.- Concretar y analizar las intervenciones de los poderes públicos en la protección social de la Autonomía Personal en personas con discapacidad.
- 2.- Desarrollar algunas otras prestaciones que indirectamente atienden esa situación de necesidad.
- 3.- Analizar y completar la figura del Asistente Personal proponiendo alternativas de lege ferenda para su configuración jurídico-laboral.
- 4.- Proponer como desarrollo el marco de intervención la figura del asistente personal y dotarla de contenido digno y actualizado. Las alternativas se proponen con finalidad de lege ferenda.

En relación con la Metodología, vamos a distinguir:

- 1.- La Base metodológica de tratamiento de información, por medio de los siguientes métodos:
 - a) Análisis de las fuentes documentales relevantes. Análisis transversal normativo de la regulación de la discapacidad. Participación en encuentros profesionales en el ámbito de los operadores jurídicos. Bases de datos legales.

³⁰ Como ejemplo, el propio concepto de dependencia de Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante la LAAD), que incluye en su ámbito de actuación a "las personas con discapacidad mental e intelectual que necesiten apoyos específicos"

- b) Análisis jurisprudencial actualizado de la materia con el fin de realizar un estudio que permita ver los retos conseguidos y lo que están aún pendientes de conseguir. Encuentros profesionales, realizando el Método Delphi como técnica de comunicación estructurada, desarrollada como un método sistemático e interactivo de predicción, que se basa en un panel de expertos.
- c) Análisis de los resultados anuales en la materia según informes que el tercer sector realice en torno a las personas con discapacidad y en la atención a la dependencia; los que se realicen por parte de las AA.PP. a nivel local, autonómico y estatal. Encuentros profesionales,
- d) Métodos de investigación que se proponen, irán encaminados a realizar un estudio desde una triple dimensión: Analítica, Predictiva y Prescriptiva. La Analítica Descriptiva. En la que se utilizan los datos históricos, se identifican comportamientos y se dibuja cómo se están haciendo las cosas.

La plasmación de la situación a modo de foto fija que nos permita poder tomar decisiones con un alto grado de éxito. Así, se pone de manifiesto la situación hasta la fecha, permitiendo visualizar, detectar, averiguar, calcular e identificar las variables más significativas. También se consultan diferentes indicadores de normativas, de cara a obtener una visión de lo que ha pasado y está pasando con el colectivo-sociedad-Estado del Bienestar.

La Analítica Predictiva, hace posible la creación de modelos que permiten vaticinar lo que va a ocurrir con antelación. En realidad, mira al futuro y nos ayuda a entender cómo puede evolucionar nuestra materia. Su propósito es hacer pronósticos para busca extraer conocimiento en forma de patrones, modelos o tendencias que ayuden mejor a acertar con situaciones futuras. Tanto la analítica predictiva y la prescriptiva, según los avances de medición y análisis, se establece que atraerán el 40% de las decisiones en los próximos años.

La Analítica Prescriptiva, analiza los datos para encontrar cuál es la solución entre una gama de variables. Su tarea es optimizar recursos y aumentar la eficiencia operativa. En realidad, informa acerca de lo que debiera suceder buscando mejorar el resultado proporcionando recomendaciones para maximizar las tareas propuestas.

2.- La base metodológica de investigación jurídica, se realizarán con los métodos científicos de investigación de lege o decisión lata y de lege o decisión ferenda.

A.- De lege o decisión data (relativo a la ley existente).

Dimensión descriptivo-prescriptiva: Comprenderá la mención de las normas sobre la materia que nos ocupa desde el año 2003 de forma incipiente en España, hasta la Convención como exponente del cambio de paradigma de la discapacidad. Interpretación y aplicación de estas.

El planteamiento de posibles soluciones ante el problema sobre la plenitud del sistema normativo se centra en la existencia de lagunas jurídicas y el problema de la posible falta de coherencia del derecho en su aplicación al caso concreto, esto es lo que conocemos como las antinomias jurídicas.

Diversas son las fases de actuación:

- i) El planteamiento del problema interpretativo, la hipótesis de respuesta, la presentación de alternativas y la justificación de una solución, en su caso.
- ii) El método, esto es, el análisis contextual, la utilización de criterios para resolver las antinomias que pudieran existir y el uso del recurso de argumentación jurídica.

B.- De lege o decisión ferenda (relativo a la ley deseable).

Dimensión descriptivo-prescriptiva: Análisis crítico de la solución vigente, ausencia, o inoperancia, en su caso, para resolver las cuestiones que se plantean en materia de discapacidad y Autonomía Universal.

Varias son las Fases:

Primera. Identificación de normas/decisiones/ procedimientos considerados como no adecuadas a la luz de lo analizado con los actores implicados (ámbito jurídico, académico, asociativo, AA.PP., etc.) y defensa de su cambio por otras, si fuera el caso.

Segunda. Creación, cuando proceda, por ausencia de aquellas, de un mecanismo efectivo de aplicación de la Convención y las normativas españolas, que fundamente su seguimiento por parte de las autoridades competentes en el ámbito del derecho de las personas con discapacidad y en la atención a la dependencia. Especialmente en lo referente a la gestión de apoyo específico para la toma de decisiones.

El Método utilizado de análisis lógico formal y sistemático, por medio de las herramientas e instrumentos específicos de la investigación., llevará a cabo la investigación con las siguientes herramientas:

- a) Base de datos jurídicas,
- b) Base de datos jurisprudenciales;
- c) Repositorio Universidades españolas; Entrevistas operadores jurídicos: jueces y fiscales, notarios y registradores, abogados, expertos por medio del método Delphi comentado ut supra³¹.

Para finalizar, se llevarán a cabo alternativas a la configuración jurídico-laboral de la figura del asistente personal en España como propuestas de lege ferenda, aunque comprendemos que el marco teórico-práctico de referencia, es amplio y complejo y nos sitúa a caballo de varias especialidades, la realización del trabajo se propone requiriendo un nuevo enfoque de transdisciplina. ¿Por qué? Porque la visión que se plantea desde la transdisciplina, cuenta con una serie de características que la diferencian notoriamente de la pluridisciplina y de la interdisciplina.

En la investigación transdisciplinar, los conocimientos de los diversos campos son integrados en una visión de conjunto que va más allá de lo que acontece como calificación jurídica de manera que se crea una visión holística de las personas³².

En nuestro campo, recordemos que queremos ser capaces de garantizar un escenario para la siguiente fórmula:

Discapacidad + Autonomía Universal = Vida Independiente.

En definitiva, creemos que es necesaria una visión con perspectiva hacia los colectivos contemporáneos, que nos ponen de manifiesto la complejidad del mundo y de sus desafíos desde la óptica de los derechos sociales garantizados. Esta construcción de interacción de los profesionales intervinientes como un equipo, debe hacerse desde la proyección de la persona con discapacidad como un todo y mediante la provisión de los apoyos específicos para ello, conformando el derecho de la autodeterminación. Este derecho comporta la generación de actuación desde tres vectores,

³¹ El planteamiento de la Asistencia Personal con carácter general será el frontispicio construido por todos los elementos que consideramos necesarios para su promoción, desarrollo y defensa, sobre todo en torno al área de la Protección Social y el desarrollo del marco conceptual existente, a modo de foto fija actual.

³² Esto coincide con lo que han llamado desde el sector de la discapacidad el “traje a medida”

Por un lado, un plano individual por la esencia de la dignidad humana. Por otro, el aspecto colectivo por las propias instituciones como generación y protección de los derechos. Por último, la unión sustantiva y práctica de la autodeterminación, como resultado de la globalización de los derechos internacionalmente reconocidos.

Tal y como pone de manifiesto el profesor Muñoz³³, la transdisciplinariedad es complementaria al enfoque disciplinario; hace emerger de la confrontación de las disciplinas nuevos datos que las articulan entre sí, y nos ofrece una nueva visión de la naturaleza y de la realidad. Por lo tanto, es concordante con el nuevo valor que planteamos anteriormente³⁴.

II

MARCO REGULADOR DE LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

“La vida cotidiana es simultáneamente habilitante y constrictiva. Sus mecanismos y lógicas de operación al ser convertidas en rutina constriñen a los actores sociales, les imponen unos límites, fijan unos márgenes y modos de operación” (Giddens)³⁵.

Una característica importante de un sistema legal para ser eficaz es, sin duda, la de poseer una gran capacidad para regular las necesidades y demandas

³³ Muñoz, F. Inter, multi y transdisciplinariedad. <http://www.ugr.es/~fmunoz/html/intertransdiscip.html>

³⁴ Varios investigadores han destacado la importancia del asesoramiento sobre el terreno (McGonigel et al., 1994; Moodley, Louw & Hugo, 2000; Ryan-Vincek et al., 1995). Otros investigadores han discutido la importancia del traslado del rol como una característica que lo define, esto significa que los servicios son proporcionados por un miembro del equipo que consulta a los demás miembros (Rainforth, 1997; Ryan-Vincek et al., 1995; Sheldon & Rush, 2001). Otros han señalado la importancia de la interdependencia entre los miembros del equipo; sus intercambio de roles y responsabilidades; y la necesidad de intercambiar información, conocimientos y habilidades (Costarides, Shulman, Trimm & Brady, 1998; Moodley et al., 2000). Artículos más recientes han puesto énfasis en la importancia de un alto grado de trabajo cooperativo (Limbrick, 2005; Reilly, 2001); Stepan, Thompson, & Buchanan, 2002).

³⁵ Giddens, A.: “Consecuencias de la modernidad”. Editorial Alianza Universidad. Madrid. 1993.

cambiantes de la sociedad en la que opera. Aunque la legislación no es el único medio de control social, definitivamente es uno de los vehículos más poderosos de cambio y desarrollo. La elaboración continua de leyes se convierte en una respuesta natural de un sistema legal en desarrollo ante los nuevos desafíos y necesidades públicas. Hoy en día, casi todas las áreas de interés legislativo nacional se ven afectadas, de una u otra forma, por las normas de los Tratados Internacionales, Directivas u Observaciones, como se pondrá de manifiesto en el presente trabajo.

En este sentido, la LAAD, suscita varias interrogantes en relación con su aplicación en el ámbito de las normas internacionales, especialmente las relacionadas con la Unión Europea.³⁶

Si bien es importante un marco internacional de reglas y estándares, no se debe ignorar la importancia de la legislación nacional de los Estados. pues es un eslabón fundamental en el cumplimiento del Derecho Internacional “Coordinado” como hemos manifestado anteriormente.

Con relación a la autonomía personal, vamos a partir de un término general, que abarca una trilogía de aspectos internos y externos. Así, tenemos:

- i) las deficiencias,
- ii) las limitaciones de la actividad y
- iii) las restricciones en la participación.

Las deficiencias, son patologías que afectan a una estructura o función corporal, mental o sensorial; las limitaciones de la actividad, por su parte, son dificultades para ejecutar, entender o emprender acciones o tareas, y las restricciones de la participación, son problemas para participar en situaciones vitales en condiciones de igualdad.

Para ello, la guía que enmarca este contenido es la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. (en adelante la CIDDM) que fue creada durante la década de los 70 y publicada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) en 1980.

El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante Imsero), publicó la versión española en 1983. Su cometido era servir de complemento a la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades, Traumatismos y Causas de Defunción (en adelante CIE) y establecer un catálogo de las consecuencias de la enfermedad, más allá de la mera recopilación de cuáles son las causas, entre otras. Observando su texto, podemos decir que el modelo teórico al que responde

³⁶ Argüelles Blanco, A. y Miranda Boto, J., “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia laboral y de Seguridad Social del año 2001”, Aranzadi Social, N3, 2002, Pp. 455-482

pertenece al Modelo Organicista, esto es: La enfermedad o el trastorno (situación intrínseca) puede conducir a una Deficiencia (pérdida de funcionamiento a nivel orgánico) que puede conducir a su vez a la Discapacidad. En este sentido hacía una distinción que determinaba que la discapacidad era una cuestión personal y la minusvalía un tema social³⁷.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento (en adelante CIF) de la Discapacidad y de la Salud supone una herramienta que permitirá la estandarización de los procesos de obtención de información en un campo prioritario en nuestra sociedad³⁸.

Hoy en día, ponemos de relieve que todas son personas con discapacidad desde el reconocimiento del grado y tras el procedimiento estipulado en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, que fue modificado en algunos de sus términos, por el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, manteniendo la idea central de la denominación ya referida.

Como puntos debilitantes de la CIDDM se pueden exponer respecto al modelo teórico en el que se sustenta y con la perspectiva actual. el predominio del abordaje negativo centrado en las deficiencias, el escaso enfoque en los aspectos sociales centrandolo la discapacidad en algo individual y no social. Por ello, se propuso una revisión del texto más acorde con los cambios sociales imperantes y que culminó con la aprobación de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (en adelante la CIF). La CIF fue aprobada por la 54ª Asamblea de la OMS en el año 2001.

En este sentido, los objetivos de la CIF cambian por la realidad imperante y son, entre otros: Proporcionar una base científica para establecer un lenguaje común con relación a la salud y los estados funcionales asociados a ella, permitir la comparación de datos, proporcionar un esquema de codificación sistematizado y un perfil sobre el Funcionamiento, la Autonomía Personal y la Salud.

Las herramientas que usa para ello son:

1.- La estadística con recopilación y registro de datos,

³⁷ Rev. Esp. Salud Publica vol.76 no.4 Madrid ago. 2002

³⁸ González Diego, P., María Martín Moreno, J. y Jiménez Buñuales, M., "La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la salud (CIF) 2001", RESP, Vol. 76, Nº 4, 2002, p. 2.

2.- La investigación: para medir resultados, calidad de vida o factores contextuales.

3.- Los estudios clínicos: para hacer la valoración de necesidades.

Además, también se valen de las herramientas de política social: para la planificación de sistemas de seguridad social o de compensación, y la educativa: para elaborar el diseño curricular, sensibilizando la concienciación de la sociedad y poniendo en marcha las actividades sociales más adecuadas para ello.

Frente al anterior texto, el modelo teórico de la CIF se puede calificar como de carácter biopsicosocial, junto al estado de salud y factores ambientales o personales³⁹. La CIF, ha pasado de ser una clasificación de consecuencias de la enfermedad, como lo fue en su versión de 1980, a una clasificación de componentes de salud. Se consideraba, que el funcionamiento de una persona y su estado se entienden como relación compleja o interacción entre la condición de salud y los factores contextuales. Esta cuestión, añade un fundamento más a nuestra investigación, pues pone de relieve la poca trascendencia de los efectos jurídicos de esta concepción⁴⁰.

El modelo de la CIF considera existente una interacción dinámica entre estos elementos, de tal manera que las intervenciones en uno de ellos tienen el potencial de modificar uno o más de los otros elementos. Estas interacciones, son específicas y no siempre se dan de forma predecible, por lo que se hace necesario explorar las asociaciones y los vínculos causales entre ellos. A diferencia del anterior, empezó a utilizarse en este documento, un nuevo concepto: el del Bienestar, como término general que analiza el universo global de los dominios de la vida humana, incluyendo aspectos físicos, mentales y sociales que componen lo que se puede llamar una vida nueva⁴¹.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud supone una herramienta que permitirá la estandarización de los procesos de obtención de información en un campo prioritario en nuestra sociedad⁴².

³⁹ P..22 punto 5.2. del documento CIF,

⁴⁰ Resolución WHA54.21, del 22 de mayo de 2001, con el nuevo acrónimo: CIF, distanciándose de la anterior clasificación (CIDDM) y aproximándose al otro componente de la «familia» de clasificaciones internacionales (CIE).

⁴¹ <https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf>.pp.23-60

⁴² González diego, P., María Martín Moreno, J. y Jiménez Buñuales, M., “La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la salud (CIF) 2001”, RESP, Vol. 76, Nº 4, 2002, p.. 2.

En definitiva, aunque tanto la CIF como la CIDDM, pertenecen a la familia de clasificaciones de la OMS, supusieron un cambio en la concepción de la discapacidad, introduciendo una connotación social al término. Sin embargo, fuera del contexto médico rehabilitador, incluso hoy en día, junto a todos los factores que mencionan estas herramientas, surge un componente, además, que posiciona a la autonomía personal como un fenómeno complejo, que refleja una interacción entre las características del ser humano y las características de la sociedad en la que vive y se desenvuelve. Aún hoy, el colectivo necesita y nos reclama una inclusión referenciada de estos aspectos.

En base a ello, la razón de ser de esta tesis gira en torno a la protección jurídica de la promoción de la autonomía en personas con discapacidad y en situación de dependencia, que se manifiesta en otra triple vectorización⁴³:

Primera: La Promoción. Como parte del ámbito de actuación de las Administraciones Públicas (en adelante AA.PP.) y que hemos denominado “Sistema Pro”.

Segunda: El Desarrollo. Como parte integrante de los retos y compromisos relacionados con las personas consideradas en colectividad y en individualidad diseñando la V.I. y

Tercera: La Defensa. Como realidad jurídica en la titularidad de los derechos humanos con un mayor estándar, si cabe, de protección y garantía. Supone el tratamiento jurídico con un carácter de protección social que viene derivada de la internacionalización del reconocimiento de los derechos en su aplicación, exigencia y garantía pública.

Esta actitud finalista y de salvaguarda de los derechos, es la que promueve la Convención. En esto se diferencia frente a otros mecanismos internacionales, más apartados históricamente tanto en la fecha como en la materia planteada.⁴⁴

⁴³ Según la RAE: Fís. Toda magnitud en la que, además de la cuantía, hay que considerar el punto de aplicación, la dirección y el sentido. Las fuerzas son vectores. Fil. Toda acción proyectiva que tiene cualidad e intensidad variables. En psicología, fuerza o elemento que influye en el comportamiento de la persona

⁴⁴ Véanse, entre otros instrumentos: Programa de Acción Mundial para los Impedidos, que tuvo lugar en Estocolmo en 1987. En 1991 la Asamblea General aprobó los “Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental”, conocidos como los Principios sobre Salud Mental. En 1993 la Asamblea General aprobó las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” (las Normas Uniformes).

Esta internalización de la promoción de la autonomía personal mediante el recurso de la asistencia personal, supone la búsqueda de referentes constantes en una figura que, como cita el profesor Rueda, a pesar de estar en auge, se encuentra huérfana de legislación laboral en España⁴⁵.

Por lo tanto, nos encontramos en la situación de tener que acudir a definiciones ya elaboradas por instituciones de práctica nacional e internacional, que pueden dar lugar a confusiones en los términos utilizados. No obstante, con finalidad reconstructiva, parte de la doctrina administrativa, apoya la equivalencia de los conceptos que subyacen en la autonomía de la voluntad. Como son los de asistencia social, bienestar social y servicios sociales, proponiendo la sustitución de estos por la más genérica de acción social.⁴⁶

Por un lado, resulta necesario resaltar que el orden jurídico internacional tiene como objetivo principal llevar a cabo la coordinación entre los Estados miembros de la Unión Europea, mediante varias pretensiones: Por un lado, establecer un núcleo mínimo de tratamiento sobre derechos concretos y básicos, por otro, dotar de libertad a los Estados para regular y garantizar los derechos mínimos de un modo más amplio. El concepto y su contenido en España denota mucho camino aún por recorrer aún, tanto a nivel social como jurídico y administrativo⁴⁷.

Por otra parte, se refiere el deber de salvaguardas y garantías de los mismos, ya sea política, jurídica o socialmente, quedando comprometidos mediante la firma y ratificación de los textos internacionales. Para ello, deberán aprobar o reformar la normativa contraria al compromiso adquirido. Esta función “in actuando e in vigilando” del marco jurídico internacional, confiere sustantividad propia a los derechos proclamados, por lo que la vulneración de los mismos, una vez agotados los recursos procesales internos, gozan de la instancia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante TEDDHH) según la materia controvertida en el juicio. Además, el control por parte del Comité Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de los Comités de los Estados parte y del Relator/ra Especial de la ONU, van marcando la senda a seguir, corrigiendo y proporcionando mejoras en torno a la coordinación de la

⁴⁵ Rueda Monroy, J.A, La asistencia personal, ¿una relación laboral “típica”? En E--Revista Internacional de la Protección Social 2021 Vol. VI N° 2 Pp. 203 – 226.

⁴⁶ De Vicente Pachés, F., Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias, Temas del Senado, Madrid, 2003, p.. 148

⁴⁷ Arroyo Méndez, J. y Cruz González, E.: “Bloque I. La asistencia personal”, en AA.VV.: Situación de la asistencia personal en España, Predif, Madrid, 2015, p. 16.

aplicación de la Convención en los respectivos países. Esto hace, que se posicionen posturas destacadas con la configuración de los Derechos humanos y el encuadre de la vida independiente⁴⁸.

La verdadera noticia de esta legislación europea de hard law, se produjo en base a una posición crítica en torno a la interpretación, aplicación y revisión del derecho de los Estados parte. La razón era que la autonomía de las personas suponía para algunos de ellos, adentrarse en sus propias disposiciones legales impidiendo y denostando la discriminación y exigiendo mecanismos eficaces para garantizar la igualdad e inclusión de las personas con discapacidad en la ciudadanía⁴⁹.

1. EL MARCO POLÍTICO-JURÍDICO INTERNACIONAL

1.1. LA ONU Y LA DISCAPACIDAD. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006

A la Organización de Naciones Unidas (en adelante la ONU), le debemos el concepto de los derechos por medio del reconocimiento colectivo trasnacional, creando y exigiendo recursos claves y reconversiones internas de los Estados partes para la globalización y garantía de los derechos fundamentales. A partir del reconocimiento del principio de igualdad en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, se postula la filosofía de los siglos XVII y XVIII sobre el objeto humano del derecho.

Desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, los gobiernos, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, han negociado y concertado varios tratados internacionales que definen los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales aplicables a todos los seres humanos.

Sin embargo, el concepto jurídico de “persona” siguió avanzando respecto a su base en la igualdad, de modo que las personas debían ser objeto de un tratamiento jurídico igual. En la actualidad nos encontramos

⁴⁸ Palacios Rizzo, A. y Bariffi, F.: La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cinca, Madrid, 2007, p. 11.

⁴⁹ Sánchez Cáceres, L.F. “El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación. CEFD Número 39 Publicación actas Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos (2019).

con otro reto: el conocer la diferencia para un trato justo. concreto y de todas las personas.

Junto a otros textos anteriores, hay que destacar el logro que suponen los textos referenciados como respuesta de la comunidad internacional ante el largo historial de discriminación, exclusión y deshumanización de las personas con discapacidad desde su nacimiento.

La Convención, por tanto, hace historia y abre nuevos derroteros de muchas formas, y podemos afirmar que puede ser considerada como el tratado de derechos humanos que se ha negociado con mayor rapidez y el primero del siglo XXI. Es el resultado de tres años de negociaciones entre países, en las que han participado la sociedad civil, los gobiernos, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones internacionales relacionadas con el colectivo, principalmente⁵⁰.

En 2000, dirigentes de las cinco principales organizaciones no gubernamentales internacionales en el campo de la discapacidad (Rehabilitación Internacional, Organización Mundial de Personas con Discapacidad, la Unión Mundial de Ciegos y la Federación Mundial de Sordos), se reunieron en Pekín, China. Ellas elaboraron la "Declaración de Beijing", en la cual les piden a los gobiernos apoyo para la Convención internacional. En 2001, la Asamblea General de Naciones Unidas apoyó una propuesta del gobierno de México y nombró a un Comité Ad Hoc para considerar las propuestas para la elaboración de una Convención Amplia e Integral para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad, basada en un enfoque holístico. Por lo tanto, Naciones Unidas, mediante sus dos Planes Internacionales sobre el Envejecimiento (ONU, 1982a y 2002), ha propiciado que en todo el mundo se perciba el fenómeno del incremento sin precedentes de la esperanza de vida como una oportunidad y un reto para los países respectivos⁵¹.

Según el Banco Mundial, unos 1000 millones de habitantes, o sea el 15 % de la población del mundo, experimentan algún tipo de discapacidad, y la prevalencia de la discapacidad es mayor en los países en desarrollo. Entre 110

⁵⁰ Rodríguez Rodríguez, P: "El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia. Documento de trabajo 87/2006. Fundación Alternativas.P28.

⁵¹ O'Reilly, Arthur. Una Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Los siguientes pasos Una revista electrónica, bimensual, sobre noticias y opiniones internacionales relacionadas al tema de la discapacidad Volumen No. 17 Enero-Marzo de 2003.

millones y 190 millones de personas, o sea la quinta parte del total de habitantes en el mundo, experimentan discapacidad considerable⁵².

Tres obligaciones principales deben asumir los Estados:

Una: Respetar: reconociendo el derecho y no injerir en su ejercicio.

Dos: Proteger: penalizando la vulneración de los derechos por terceros.

Tres: Realizar: interviniendo para alcanzar la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos del colectivo.

Aunando todas ellas, se destaca la proclama que los Estado deben, sobre todo, dar respuestas oficiales de todas estas obligaciones, promoviendo la respuesta institucional a las necesidades del colectivo como marco de actuación de las políticas públicas⁵³.

En materia de Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, podemos preguntarnos si la existencia de la Convención excluye a los Tratados Internacionales mencionados anteriormente. La respuesta debe ser negativa, debido a que todas las normas, resultan de aplicación para esta finalidad e incluso en ocasiones, se contienen referencias explícitas a las mismas conformando un solo tronco común enriquecido jurídicamente.

Brevemente, desmembraremos la Convención para un análisis práctico jurídico relacionado con nuestra materia:

- Estructura. La Convención se estructura en un preámbulo y 50 artículos, no está formalmente dividido en partes, como ocurre en otros textos internacionales.

- Contenido. En su articulado, se recogen derechos humanos de carácter civil, político, social, económico y cultural con acciones concretas y determinadas y no como proclamas. Así, su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, además de promover el

⁵² A fecha de tres de abril de 2019, han firmado la Convención 177 países y organizaciones de integración regional, y 130 la han ratificado <https://www.bancomundial.org/es/topic/disability>

⁵³ Molina Navarrete, C., "Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las «materias» de «empleo», «trabajo» y «protección social»", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, Nº 283, 2006, pp. 120-121.

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal
respeto de su dignidad inherente (artículo 1). Este articulado, en conexión con
nuestros preceptos constitucionales, parecen consolidar el panorama legislativo.

Sin embargo, en materia de las personas en situación de dependencia, podemos concluir que ha provocado una desigualdad en el acceso a los servicios y prestaciones, en función del territorio, que confronta con el artículo 14 de la CE dedicado a la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales dada las diferentes formas de conjugar recursos públicos en las distintas CC.AA.⁵⁴.

En materia de promoción de la autonomía de las personas con discapacidad y en la situación de dependencia, creemos que la mirada debe hacerse desde el derecho particular no ejercido, que genera el efecto de llegar a considerar incumplido el derecho más general de igualdad.

Si la competencia básica la tiene el Estado, corresponderá a las CC.AA. el desarrollo de todo aquello se sirva para desigualdades. En torno a ello, ha tenido ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) generales superiores a los de cada CCAA, un común denominador normativo a partir del cual cada CCAA en defensa de su propio interés podrá establecer las peculiaridades que desee⁵⁵.

En cuanto al contenido, cabe destacar varias cuestiones

A) En primer lugar, se define qué se considera personas con discapacidad. Así, la Convención en su artículo 1 establece que:
“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Varias consideraciones al respecto. Por un lado, el modelo social que proclama posiciona a la discapacidad como una situación producida por consecuencia de la interacción entre deficiencia y barreras de cualquier tipo y cuyo resultado se extiende hasta ser susceptibles de impedir a la persona con

⁵⁴- Pérez De Los Cobos Orihuel, F., “La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia”, en AA.VV. (Coord. Roqueta Buj, R.), La protección de la dependencia, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007, p.s. 59- 72.

⁵⁵ Vid, entre otras, STC 61/1997 Y STC 154/1988. Así las premisas, se pueden agrupar en la exigencia de la accesibilidad, como el derecho a la autonomía, que debe ser universal, incluyendo la accesibilidad cognitiva, entre otras cosas.

discapacidad su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás.

Por otro lado, la palabra propósito, se usa en el texto tanto para dotar de determinación y finalidad el compromiso de los Estados parte, como para definir en el art. 2 lo que hay que entender por “discriminación por motivos de discapacidad. Se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”⁵⁶.

B) Respecto al aspecto Subjetivo del derecho. Nos llama la atención, el título del art. 8 “Toma de conciencia” pues parece querer traspasar el marco jurídico hacia un escenario de compromiso interno desde las acciones de los Estados. Nos referimos a la existencia, en casi todos los colectivos vulnerables, de lo que podíamos llamar “barreras percibidas que cierran caminos”, como los estigmas, los prejuicios, las etiquetas, etc. y podemos decir que, en este sentido, son impedimentos que surgen del ámbito interno de las personas y que son expuestos en la normativa de un texto legal internacional.

Por tanto, se añaden como efectos jurídicos de cumplimiento, las acciones de los Estados que vayan determinadas a acciones de sensibilización, fomento de actitudes receptivas, toma de conciencia, prácticas nocivas, respecto de los derechos de las personas con discapacidad y referidas a todos los ámbitos de la vida. Ante esto nos afianzamos en entender la protección jurídica de la Autonomía de la persona con carácter Universal.

En definitiva. parece que nos encontramos ante un lenguaje a veces más propio de un texto de intervención social o de un código penal que de Convención Internacional, pues se tienen en cuenta varios factores, tales como:

- la relación directa de causalidad con el resultado, en las privaciones de derechos por el hecho de que la persona no tenga autonomía,

⁵⁶ Tanto en uno como en otro sentido parece dejar claro el texto de lo que está hablando como materia de “hard law” y no de recomendaciones de “soft law” ya que son la respuesta jurídica a acciones y omisiones cargadas de intencionalidad directa o indirectamente relacionada con la discapacidad.

- La intencionalidad del daño. al asociar de manera negacionista la igualdad a quien tenga relación con ese colectivo,
- El resultado de impedir la participación plena y efectiva, al hablar de los tipos de discriminación, entre otros contenidos.
- La finalidad de que la promoción de la autonomía aúne derechos políticos, económicos, sociales y culturales⁵⁷.

Las herramientas de control interno por parte de los Estados ratificantes, van a ser o bien los informes de los Estados Parte mediante la adopción de las observaciones generales, o bien el examen de las denuncias presentadas por particulares o por los Estados en que se aleguen violaciones del Pacto y que suelen formar parte de los denominados Protocolos Facultativos⁵⁸.

Para la interpretación del contenido de los Tratados, se realizan unos documentos denominados Observaciones Generales. En ocasiones, estas Observaciones Generales, realizan menciones específicas de las especiales circunstancias que puede llevar aparejada la existencia de una discapacidad, y a veces incluso se dedica a ello la observación general completa. Este es el caso por ejemplo de la Observación General nº 9 del Comité de los Derechos del Niño⁵⁹ (2006) sobre los derechos de los niños con discapacidad, del Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidades (2007).

El valor de los Tratados Internacionales en nuestro Ordenamiento Jurídico se establece en el artículo 96 de la Constitución Española (CE en adelante) que establece que *“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”*.

⁵⁷ Lo que relacionamos con una afectación directa hacia la constitución del Sistema del Estado del Bienestar. Por otro lado, el art. 8.2b) al hablar de la necesidad de b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de la autonomía está reconociendo que el Sistema necesita un cambio en este sentido y que los Estados, deben comprometerse y “sensibilizarse” para ello. Así lo expone claramente el artículo, aunque el término no sea del todo jurídico, tal y como hemos expuesto anteriormente, sino cargado de intencionalidad y emociones pues anula a la persona cuando al surgir su derecho de autodeterminación, por razones externas a ella, se ve imposibilitada de llevarlo a cabo.

⁵⁸ Quizá por ello hay algunos países que no firman el Protocolo Facultativo, aunque sí firman el Tratado o Convención, en este caso.

⁵⁹ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6959.pdf?view=1>.

El artículo 10.2 de la CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En este sentido, consideramos esencial, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece que las interpretaciones que hagan los Estados, no podrán prescindir de la que a su vez hagan los órganos de garantía del Tratado, es decir, los Comités. Así, entre otras, la STC 61/2013 de 14 de marzo, FJ5 interpreta que *“el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución, deben interpretarse de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9).”*

Siguiendo con las herramientas de garantía de la Convención, tal y como se ha mencionado, destaca también el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (OHCHR en sus siglas en inglés). Sus integrantes, lo forman en el artículo 34, formado por expertos de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia elegidos por periodos de cuatro años (art. 34).

El Comité ya ha publicado su Observación General sobre niña y mujer con discapacidad⁶⁰ y sobre accesibilidad⁶¹.

La misión que tiene este órgano es ser el encargado de recibir y estudiar los informes de los Estados Parte sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones. En respuesta a los informes recibidos, el Comité podrá hacer sugerencias y recomendaciones a los Estados. Además, el Comité emite los anteriormente citados Comentarios u Observaciones Generales. Especial consideración tiene el hecho de que, en relación con la Convención, España además ha firmado el Protocolo Facultativo que establece un mecanismo de refuerzo a la efectividad de la misma ya que dispone la posibilidad de que se presenten al Comité denuncias de particulares o grupos de personas con discapacidad que aleguen ser víctimas de una violación de sus derechos.

⁶⁰<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6OkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2bt93Y3D%2baa2oLCHc5Ye5y0yX37Gpo%2fkmBZI1OeKTg7cNEuS%2fzKc3xGC8%2fK7KDx59L1arp9szqFfLSTUrxY6Abr%2fNJ6wjW3XIC>

⁶¹ <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CRPD/C/GC/2&Lang=S>

Volviendo a los “Principios de Base” de la convención relacionados con la promoción de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, aparecen en la Convención, establecidos como Principios Generales en el artículo 3:” [...] *el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades*”.

Por otro lado, y como “Principios de Desarrollo” de la autonomía personal, se conforman por un lado el derecho a tomar las propias decisiones, lo que llamamos, como Autodeterminación, desde el art. 12 bajo el título de “ *Igual consideración como personas ante la ley*”, y por otro, su materialización en la Vida Independiente. configurada en el art. 19 y que reconoce que: *“las personas con discapacidad, independientemente del tipo de discapacidad o de la necesidad de apoyos, deben tener la oportunidad de elegir su lugar de residencia; dónde y con quién quieren convivir y todo ello en igualdad de condiciones con las demás, sin verse obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”*.

En lo relativo a la Asistencia Personal como recurso de Vida Independiente e inclusión en la comunidad en condiciones de igualdad, destaca la imprescindible, la Observación General núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad⁶².

Parece increíble, que tuviésemos que llegar al 2006 para dejar constancia escrita de estos avances y desechar así modelos anteriores. en los que se interpretan las normas o se toman decisiones en nombre de las personas con discapacidad en base a la mejor protección de la persona o de su interés superior muchas veces presunto que no conocido. A partir de entonces, resulta preciso que cualquier decisión que se tome, se haga en función de los intereses y preferencias que la persona haya manifestado, según el modelo de promoción de la autonomía centrado en la persona, lo que requerirá, en muchas ocasiones, la realización de ajustes razonables⁶³.

De conformidad con la propia Convención, ajustes razonables son *“modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para*

⁶² CRPD/C/GC/5 Distr.. General 27 de octubre de 2017 en español

⁶³ Modelo de Atención Integral y centrada en la persona. Capítulo 15 “Hacia el logro de una vida deseada: la experiencia de la planificación centrada en la persona con personas con discapacidad intelectual o del desarrollo.” Tecnos. 2014

*garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.*⁶⁴

Resulta imprescindible aclarar que los ajustes razonables no tienen nada que ver con las medidas de acción positiva (con las que a veces se confunden) y que son aquellas medidas de carácter específico, consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y que son destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”⁶⁵. Por tanto, podemos decir que las medidas de acción positiva se refieren a la generalidad del colectivo de personas con discapacidad mientras que los ajustes razonables son medidas concretas aplicadas a necesidades de personas concretas.

Ello no puede suponer, a pesar de la concreción de estos criterios, el admitir la denegación de ajustes razonables sin una justificación sólida e indubitada sobre su no procedencia. Al contrario, es necesario reconocer su importancia ante la falta por realizar su adecuación a los fenómenos ocurridos en el último tercio del siglo XX, “esos que han originado una enorme transformación de la sociedad, tales como el incremento progresivo de la esperanza de vida, la pervivencia de graves situaciones de discapacidad y la emergencia del fenómeno de la dependencia”⁶⁶.

De hecho, se deberían tener en cuenta, y justificar, todos los aspectos que contiene este artículo 66; lo contrario constituirá una discriminación por razón de discapacidad. En este sentido se puede citar el Voto Particular del Magistrado del Tribunal Constitucional don Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto a la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de amparo núm. 6868-2012 en la STC 10/2014, de 27 de enero de 2014:

“La ausencia de motivación en la resolución administrativa de cómo los apoyos que precisa el menor suponen una carga desproporcionada para la Administración educativa en el caso concreto del menor, supone un desconocimiento de los

⁶⁴ Esta definición, se recoge igualmente en el artículo 2.m) LGDPD.

⁶⁵ Artículo 2.g) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁶⁶ Rodríguez Rodríguez, P: El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia.P.47

principios que deben inspirar la educación de los menores con discapacidad, pues la excepción de la escolarización en centro de educación especial obligan a la Administración a realizar dicha ponderación. Ni la Administración, ni los técnicos que informaron sobre el menor, han explicitado por qué los ajustes que debía realizar para proporcionar al menor la educación inclusiva a la que, en principio, tiene derecho, no son razonables o suponen una carga desproporcionada o no serían suficientes para la inclusión del menor”⁶⁷.

Podemos decir como comentario necesario, cómo se detecta, el hecho de que la sentencia empodera la posición de Garante de la Administración y de los técnicos, más allá de las competencias propiamente procedimentales, pues requiere el acercamiento necesario a la persona objeto de toda decisión administrativa. Junto a lo anterior, refuerza la idea el informe de la oficina del Alto Comisionado citado en el apartado anterior además aclara que al igual que “en los casos de no discriminación se invierte la carga de la prueba, la entidad responsable de realizar los ajustes debe fundar su denegación en un análisis objetivo, para no incurrir en discriminación”⁶⁸.

La Carta Social Europea, que garantiza los derechos sociales y económicos, en 1961, con una versión revisada en 1996, conocida como “ la Carta”, ha sido revisada y ratificada por España. Además, existe una lista de convenios y materias firmadas y ratificadas por España según la Oficina de Tratados⁶⁹.

Así, podemos partir de un primer análisis de los tres textos que surge en base a la comparativa llevada a cabo de estos. Destacamos:

- los artículos 2 y 3 del Convenio, también se tienen en cuenta en varias disposiciones de la Carta de 1961 y la Carta Revisada, que tratan, por ejemplo, de medidas concretas que deben aplicarse en el ámbito laboral y que debe ser un lugar para preservar la vida y la salud de los trabajadores, incluso en relación en los supuestos de maternidad y con respecto a los trabajadores jóvenes o personas con discapacidad (artículos 3, 7, 8, 15); Proclama , también el Convenio, el derecho a la situación de emergencia,

⁶⁷ Recurso de amparo 6868-2012. Promovido por don J. A. G. G. y doña A. O. P., en relación con las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Palencia confirmatorias de las resoluciones administrativas que acordaron la escolarización de su hijo en un colegio público de educación especial. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la educación: motivación suficiente de las resoluciones administrativas y judiciales que dispusieron la escolarización del menor en un centro de educación especial. Voto particular.

⁶⁸ Vid.: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Disability/Pages/StudiesReportsPapers.aspx>

⁶⁹ <http://conventions.coe.int>

unida a la asistencia social y médica, a quienes la necesiten (artículo 13), así como en relación con el acoso sexual o moral (artículo 26 de la Carta revisada); y de manera más general, cualquier otro derecho que se refiera a la protección de la dignidad humana (por ejemplo, los artículos 26, 30 y 31 de la Carta revisada).

En relación con derechos más específicos, el marco de los textos se aúna, por ejemplo, en lo referente a la prohibición de la discriminación. Está contemplada en el artículo 14 del Convenio y en su Protocolo núm. 12. A este respecto, las disposiciones específicas de la Carta de 1961 y la Carta revisada de 1996, expresan la protección explícita contra la discriminación basada en la situación patrimonial (artículo 13), la discapacidad (artículo 15), nacionalidad (artículo 19), sexo y edad (artículo 1 del Protocolo Adicional de 1988 a la Carta de 1961 y artículo 20 de la Carta Revisada), así como estado familiar (artículo 27 de la Carta Revisada). La prohibición de la discriminación está garantizada específicamente en virtud del Artículo E de la Carta Revisada⁷⁰.

Para la concreción de los contenidos, se articulan una serie de procedimientos de supervisión, en áreas muy diversas como las condiciones de las cárceles, la lucha contra la trata de seres humanos, los mecanismos de protección de determinados derechos sociales, entre ellos los que afectan a los colectivos de menores, personas que son minoría como pueden ser las que tienen discapacidad o las que tienen dependencia, el funcionamiento de la justicia o la lucha contra la corrupción. Para ello, la institución del Comisariado funciona como revisión de los Estados de sus compromisos en política social. Este seguimiento lo llevan a cabo, varios organismos independientes que permiten al Consejo de Europa identificar áreas de incumplimiento y dirigir recomendaciones a sus Estados miembros. En lo que respecta a los derechos de la ciudadanía, la Carta Social Europea, es un complemento natural del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y garantiza en especial, los derechos humanos económicos y sociales en una continuación lógica de su cumplimiento basado en la efectividad del sistema más que en su dotación y ejecución presupuestaria⁷¹.

La Carta, fue adoptada en 1961 y revisada en 1996. El Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR en sus siglas en inglés), es el organismo responsable de supervisar el cumplimiento en los Estados parte de la Carta Social Europea (en adelante CSE).

⁷⁰ [https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/05/03/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/05/03/(2))

⁷¹ Jimena Quesada, L: El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales.(2025) . Revista Europea de Derechos Fundamentales Pp:99-127

En 1948, se llevó a cabo un gran hito con la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El reto del Consejo en esta ocasión, era ser coadyuvante en la consecución vinculante de los derechos consagrados en la Declaración Universal.

Con la Carta Social Europea, el Código de la Seguridad Social y la Convención Europea de Seguridad Social, constituyen el entramado básico del Consejo de Europa sobre protección de los derechos socioeconómicos. Asimismo, y, en relación con otras instituciones, la actividad social del Consejo de Europa se realiza en estrecha colaboración con la Oficina Internacional del Trabajo (en adelante OIT), el Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas.

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Comité Europeo de Derechos Sociales, llevan a cabo las resoluciones de las controversias jurídicas planteadas, y la implementación en la práctica, de los derechos protegidos respectivamente⁷².

En el año 2021, el Consejo de Europa y la discapacidad realiza La Carta Social Europea revisada. Según proclama en su web oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, “El Consejo de Europa es una organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa, protección y promoción de los derechos humanos (en particular los civiles y políticos), la democracia y el Estado de Derecho.

Creado el 5 de mayo de 1949, se trata de la institución de este tipo más antigua de nuestro continente, en 1950, se redactó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales donde se garantiza la protección de los derechos humanos y que creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Consejo de Europa tiene su sede en la ciudad francesa de Estrasburgo”, aunque tiene oficinas abiertas tanto en París como en Bruselas. Es reconocido “instrumento constitucional del orden público europeo para la protección de todos los seres humanos, tal como afirmó la capital Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 23 de marzo de 1995, en el asunto *Loizidou c. Turquía*”.

En el análisis de organismos europeos, se destaca las amplias competencias del Consejo de Europa que, sin embargo, se han encontrado con dos barreras: Por un lado, el Consejo no puede inmiscuirse en la labor de la ONU

⁷² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos Órgano judicial, creado el 30 de de junio de 1958 y dependiente del Consejo de Europa desde 1959. Su sede se encuentra en Estrasburgo, por lo que habitualmente se le conoce como el Tribunal de Estrasburgo.

alterando la contribución de sus Estados miembros a la causa de Naciones Unidas. Ello puede abocar a la paradoja de que, ambos organismos, puedan rozar competencias en algunas ocasiones por los objetivos y finalidades análogas. El carácter de la ONU es de ámbito universal y, por tanto, preferente, mientras que el Consejo de Europa es regional. Por otro lado, las cuestiones de defensa nacional están excluidas de sus competencias.

En cuanto al número de países que lo conforman, el dato para 2021 incluye a 47 Estados, 27 de los cuales, son miembros de la Unión Europea.

El Consejo en una década aproximadamente, proclamó dos acuerdos internacionales:

1.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el fin de garantizar los derechos civiles y políticos, adoptado en 1950 y, su Protocolo Adicional de 1988.

2.- La Carta Social Europea (revisada) de 1996 incorpora en un solo instrumento todos los derechos garantizados por la Carta de 1961, su Protocolo adicional de 1988 y agrega nuevos derechos y enmiendas adoptadas por las Partes. Está reemplazando gradualmente el Tratado inicial.

La Carta Social Europea, se firma el 27/04/1978 y se ratifica el 06/05/1980, entrando en vigor el 06/05/1980. Ser miembro del Consejo de Europa, implica para España formar parte de un sistema de garantía colectiva, de unos niveles mínimos de calidad democrática, respeto del Estado de Derecho y salvaguarda de los Derechos Humanos.

1.2. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA DISCAPACIDAD. LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA

La Carta Social Europea, ya ha sido ratificada por España el 29 de abril de 2021⁷³

Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios varios, destacando en lo que respecta a la promoción de la autonomía, el punto 15 de la primera parte, que toda persona discapacitada tiene

⁷³ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9719

derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad.

El Derecho de las personas con discapacidad a la promoción de su autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, es asumido por España en virtud del art. 15. A nuestro entender, se ha perdido una gran oportunidad para mencionar la asistencia personal con entidad propia de recurso de promoción de la autonomía personal. Efectivamente, se habla de manera imprecisa de “Medidas Adecuadas”, “Instituciones Especializadas”, medidas de apoyo al empleo y otras destinadas a superar las barreras (incluidas ayudas técnicas), a modo de cajón de sastre. Nos hubiera venido bien, al menos una referencia global de la existencia de este recurso y del compromiso para los Estados de regular en sus políticas, de una vez por todas, este apoyo esencial de promoción de la autonomía como es la asistencia personal⁷⁴.

Si realizamos un análisis comparativo entre estos textos de protección europeos habilitados, el art. 15 CSE se muestra más idóneo que el art. 8 CEDH en la inclusión social de las personas con discapacidad, como por lo demás ha reconocido la propia Corte europea⁷⁵. Así, sin descartar nuevos desarrollos, es evidente que en materia de asistencia social o de lucha contra la pobreza y la exclusión social resulta más adecuada la base habilitante de los arts. 13 y 30 respectivamente de la CSE que el art. 3 CEDH 35, lo mismo que el art. 15 CSE se muestra más idóneo que el art. 8 CEDH en la inclusión social de las personas con discapacidad, como promoción de su autonomía⁷⁶.

El texto de la CSE de 1961, ha conocido una evolución, a través de diversas modificaciones operadas por la vía de los Protocolos. A estos efectos, conviene mencionar el Protocolo (núm. 1) adicional de 1988 que garantiza cuatro nuevos derechos; el Protocolo (núm. 2) de enmienda de 1991 que prevé la reforma del mecanismo de control, y el Protocolo (núm. 3) adicional de 1995 que establece el mecanismo de las reclamaciones colectivas.

⁷⁴ Dejando a los Estados el desarrollo del y su contenido jurídico, económico, laboral y financiero-presupuestario Beneficios fiscales, clasificación en el CNO, condiciones contractuales, resolución de los conflictos, etc.

⁷⁵ Entre otras, *SSTEDH Botta c. Italia* de 24 de febrero de 1998 y *Molka c. Polonia* de 14 de abril de 2006, o Decisión de inadmisibilidad *Jitka Zehnalova y Otto Zehnal c. República Checa* de 14 mayo de 2002.

⁷⁶ Como la *STEDH Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013, en la que concluyó una violación del art. 8 CEDH por las condiciones de desalojo de los demandantes —de las caravanas que servían de vivienda y expresaban su modo de vida— y los obstáculos al correspondiente realojo. 35 Decisión de inadmisibilidad del TEDH *Budina c. Rusia* de 18 de junio de 2009, sobre precariedad de una persona mayor a causa de la insuficiente pensión de jubilación.

Un aspecto controvertido al respecto, es la ratificación adicional del Protocolo de Reclamaciones Colectivas de 1995, que permite a los sindicatos de trabajadores y a otras organizaciones no gubernamentales presentar reclamaciones colectivas al Comité Europeo de Derechos Sociales, en relación al no cumplimiento de la Carta Social Europea.

En el caso de los Estados que no estén obligados por el Protocolo Adicional a la CSE, podrán declarar mediante notificación dirigida al secretario general del Consejo de Europa, que aceptan la supervisión de sus obligaciones en virtud de la Carta, según el procedimiento establecido en dicho Protocolo.

Por lo tanto, es el instrumento de la ratificación el que permitirá desarrollar nuevas medidas para mejorar la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados por la Carta, que amplía la protección a los derechos fundamentales en el ámbito laboral⁷⁷. Así por ejemplo, permite las reclamaciones colectivas y, entre otros aspectos, refuerza la participación de las organizaciones sindicales, empresariales y sociales en el cumplimiento de la CSE y tiene como objetivo completar el sistema de protección y garantía de los derechos sociales y económicos recogidos en la Carta.

Con la firma de este Protocolo Adicional, que abre el camino a su ratificación, nuestro país podrá terminar de adoptar todo el sistema de la Carta Social Europea.

La firma de la CSE (y la revisada), están abiertas a la posibilidad que los Estados realicen reservas en aplicación de los artículos que consideren les afecta directamente a su "soberanía sobre determinados aspectos"⁷⁸. Entre ellos, podemos destacar:

- La Protección contra la pobreza y la exclusión social;
- El Derecho a la vivienda;
- El Derecho a la protección en caso de terminación del empleo;
- El Derecho a la protección contra el acoso sexual en el lugar de trabajo y otras formas de acoso;

⁷⁷ <http://www.exteriores.gob.es/>

⁷⁸ Así, sucedió respecto al Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961: "España interpretará y aplicará los artículos 5º y 6º de la Carta Social Europea, en relación con el artículo 31 y el anexo a la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española" B.O.E. nº153, de 26 de junio de 1980.

Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.

Especial consideración a la autonomía personal

- Los Derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato;
- Los Derechos de los representantes de los trabajadores en las empresas;

Respecto a las nuevas enmiendas, podemos decir que van enfocadas al refuerzo del principio de no discriminación; a la mejora de la igualdad de género en todos los campos cubiertos por el tratado; a una mejor protección de la maternidad y protección social de las madres; a una mejor protección social, jurídica y económica de los niños empleados; a una mejor protección de las personas con discapacidad⁷⁹.

Se puede decir, por tanto, que la CSE, en su versión actualizada, se posiciona como garantía jurídica concreta frente a los textos de proclamas de principios o valores reforzando el Pilar Europeo de Derechos Sociales, al igual que ,por ejemplo, la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017⁸⁰.

Una posibilidad para hacer factibles los derechos sociales dentro del marco de los derechos fundamentales, es la de establecer la coordinación de los distintos sistemas nacionales con los internacionales en esta materia. Lejos de producir lo que puede denominarse una pérdida de identidad propia, provocan en su fuero, un enriquecimiento del Estado del Bienestar y de las políticas sociales. Estos efectos van directamente relacionados con la calidad de vida de la ciudadanía dentro y fuera del país de origen y un ejemplo de ello puede ser el poder superar la falta de movilidad debido a las situaciones provocadas por las crisis económicas y sociales de los Estados.

Algo que se hace especialmente patente en situaciones de crisis económicas y migratorias como las que actualmente padecemos.

⁷⁹La aplicación de la nueva Carta se somete al mismo sistema de control que la Carta de 1961, desarrollado por el Protocolo Modificativo de 1991 (ETS No. 142) y por el Protocolo Adicional de 1995 que proporciona un sistema de quejas colectivas (ETS No. 158).

⁸⁰ DOUE (L 113/56).

1.3. LA POLÍTICA COMUNITARIA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

El contenido de la Política de la Unión Europea en materia de discapacidad está en su Derecho originario, en el denominado Derecho derivado y en los Programas de Desarrollo, Así, para la protección de las personas con discapacidad en el Derecho originario contamos con:

- A) Los Tratados constitutivos y
- B) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto, el artículo 21.1 y el artículo 26.
- C) En lo referente a la protección de las personas con discapacidad en el Derecho derivado, se mencionarán tanto la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación como el Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.
- D) En lo que respecta a los Programas de la Unión Europea en materia de discapacidad, en especial referiremos la “Estrategia sobre discapacidad 2010-2020”; El “Plan de acción europeo sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” y la Agenda Urbana 2020-2030 sobre desarrollo sostenible. Denominada Hábitat III.

1.3.1. Antecedentes y Evolución

La Comunidad Económica Europea (en adelante CEE), fue creada en 1957 con el Tratado de Roma, atendiendo a la dimensión que se estaba produciendo en esos momentos para la integración y el crecimiento económico a través del comercio y programas energéticos comunes, no visualizó hasta la década de los 70 aproximadamente, entendiendo la discriminación como aquella que afecta a las diferencias entre hombres y mujeres. Es cuando se empezaba a hablar de la igualdad entre ambos sexos o de la igualdad en lo referente a la realización del mismo trabajo y distinto sueldo, proclamando la llamada a la desaparición de lo que hoy conocemos como brecha salarial⁸¹.

La UE, en al ámbito normativo, está sometida al principio de subsidiariedad, que, por su integración en el art 5.3 TUE, ha sido elevado a rango constitucional. Este principio tiene dos vertientes: una, positiva, que promueve las competencias a favor de la UE, estableciendo que ésta debe actuar cuando los fines perseguidos “puedan alcanzarse mejor ... a escala de la Unión”, otra,

⁸¹ Equal Pay Directive”, directiva “relativa a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos”.

negativa, por la que a través de la lectura restrictiva del principio la UE, debe abstenerse de intervenir, si la actuación de los Estados Miembros es suficiente para conseguir el objetivo. Esto significa que todas las instituciones de la Unión, sobre todo la CE, deben demostrar que son necesarias una normativa y una acción de la Unión⁸².

También es importante, el principio de proporcionalidad, que requiere el análisis sobre la necesidad de un determinado instrumento jurídico o, si, por el contrario, bastaría con otro medio de actuación. Posee una base jurídica que es el art. 5, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) y su Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Ambos principios, regulan el ejercicio de las competencias de la Unión de la siguiente forma:

a) En los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Unión, el principio de subsidiariedad persigue proteger la capacidad de decisión y actuación de los Estados miembros y legitima la intervención de la Unión cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de manera suficiente los objetivos de una acción, sino que estos pueden alcanzarse mejor a escala de la Unión, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida.

b) La finalidad de la inclusión de este principio en los Tratados europeos, es aproximar el ejercicio de las competencias a la ciudadanía, en la mayor medida posible, con arreglo al principio de proximidad enunciado en el artículo 10, apartado 3, del TUE.

El principio de subsidiariedad fue formalmente consagrado por el Tratado de Maastricht, que lo inscribió en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE). El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas estableció, en su sentencia de 21 de febrero de 1995 (T-29/92), que, antes de la entrada en vigor del TUE, el principio de subsidiariedad no constituía un principio general de Derecho conforme al cual hubiera de controlarse la legalidad de los actos comunitarios.

En el marco de las competencias no exclusivas de la Unión, el principio de subsidiariedad, consagrado en el Tratado de la Unión Europea, define las

⁸² Tratado de Lisboa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aai0033>.

condiciones en las que la Unión tiene prioridad de acción con respecto a los Estados miembros⁸³.

Aplicado en el marco de la Unión Europea, el principio de subsidiariedad sirve de criterio regulador del ejercicio de las competencias no exclusivas de la Unión. Excluye la intervención de la Unión en aquellos casos en que los Estados miembros estén en condiciones de regular una materia de forma eficaz a escala nacional, regional o local y legitima la intervención de la Unión cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de manera suficiente los objetivos de una acción pretendida y cuando la acción a escala de la Unión pueda aportar un valor añadido.

De conformidad con el artículo 5, apartado 3, del TUE, deben cumplirse tres condiciones para la actuación de las instituciones de la Unión conforme al principio de subsidiariedad:

1ª) No debe tratarse de un ámbito que sea de competencia exclusiva de la Unión (competencia no exclusiva);

2ª) Los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (necesidad);

3ª) La acción, debido a su dimensión o efectos, puede realizarse mejor a escala de la Unión lo que le proporciona un valor añadido.

Así, la Unión Europea y sus Estados miembros, poseen una relación de subsidiariedad, La política social es competencia compartida entre la UE y los Estados miembros, pero de acuerdo con el principio de subsidiariedad las competencias de la UE en materia social se limitan a “apoyar y complementar las actividades de los Estados miembros”.

Analizamos brevemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El 7 de diciembre de 2000 se firma en Niza la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁴. En el Capítulo relativo a la igualdad, refiere dos artículos relacionados con la discapacidad. Estos son:

- El artículo 21.1: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría racial, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

⁸³ Fichas Técnicas sobre la Unión Europea – 2020 www.europarl.europa.eu/factsheets/es

⁸⁴ DO N^o C 364, de 18 de Diciembre de 2000, p. 1

- El artículo 26: “La Unión Europea reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

En este caso, el análisis de Mangas va referido al hecho de que parece el artículo, un retroceso de derechos sociales⁸⁵. Sin embargo, consideramos que, en esta ocasión, las denominadas acciones positivas no se deben hacer en sustitución de derechos, sino como complemento a los mismos, ejerciendo así sobre el Sistema, una especie de equilibrio en equidad- dando a cada persona según su necesidad- para consagrar el derecho a la igualdad de oportunidades.

Así ocurre si pensamos por ejemplo en el acceso al mercado ordinario de trabajo (con las bonificaciones a las contrataciones de personas con discapacidad o, al porcentaje del 7% reservado el 2% de él a personas con discapacidad intelectual o psicosocial, cuando hablamos de oferta pública de empleo o en el caso de la prestación por hijos a cargo, o de la prestación de asistencia personal, exenciones de tasas, etc. Es un plus de ayuda al colectivo que quizá en condiciones normales y sin ayuda , no accederían a tales convocatorias públicas.

Esta Carta, adquiere valor vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de Diciembre de 2007, y en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009. En este sentido, se viene a institucionalizar el reconocimiento de “los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión” (art. 6.1 TUE). Es una remisión completa al contenido, pero con la apreciación de que “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se define en los Tratados” (artículo 51.2 de la Carta).

Este texto en su aportación visibiliza especialmente la discriminación en cualquiera de sus formas que sufren las personas⁸⁶. Así, se identifica de forma amplia el interés jurídico a proteger de cualquier acto contrario a la igualdad y da un paso adelante que va más allá, por tanto, de lo que establece el art. 19 del

⁸⁵ Mangas Martín, A, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo”. Comentario al artículo 26. Pp. 459-469.

⁸⁶Mangas Martín, A, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo”. Comentario al artículo 21. Pp. 396-408.

TFUE que habla de la posibilidad de adoptar medidas para combatir la discriminación⁸⁷.

En lo que respecta a la protección de las personas con discapacidad en el Derecho derivado, se destacan en nuestra materia los siguientes documentos:

-La Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Para ello, el Consejo elaboró el primer programa de acción comunitaria sobre la readaptación profesional de los minusválidos en la Resolución de 27 de junio.

Las aportaciones que podemos apreciar en este programa, vienen referidas a una cuestión difícil de conseguir para cualquier persona, como es la mejora de las competencias personales y profesionales. Esta cuestión, se torna en fundamental cuando se tratan de personas con discapacidad y de su inclusión en él.

Otro de los conceptos a los que se refieren y que no está exento de dificultades, es el que podemos configurar bajo las premisas de las Adaptaciones de Puestos de Trabajo (en adelante APT), que detallan las posibilidades de readaptación profesional en todos sus aspectos: orientación, formación, colocación y asistencia, durante el periodo de adaptación al empleo- El objetivo no es otro que el de ayudar a las personas con algún tipo de discapacidad a llevar una vida normal, independiente y plenamente integrada en la sociedad⁸⁸.

La política europea sobre discapacidad, adopta una primera dimensión con un Programa de Acción Social enmarcado en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 y que, al abordar el empleo en la Comunidad, se alude a la necesidad de iniciar un Programa para la reintegración profesional y social del colectivo⁸⁹. Podemos decir al respecto, que primaba más la integración que la inclusión en estos momentos históricos, aunque supuso una cierta consideración social ante el colectivo, sin lugar a dudas.

Tendremos que esperar a abril de 1981⁹⁰, para que el Parlamento Europeo aprobara la "Resolución sobre integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad" en la que solicitaba a la Comisión, al Consejo y a los Estados Miembros que adoptaran las medidas necesarias para lograr una

⁸⁷ Aunque el artículo 21 de la Carta enuncia algunas de las causas de discriminación prohibidas, hay que señalar que no se trata de una enumeración cerrada o de "números clausus"³⁵ ya que el alcance del artículo es general, y tal y como se establece en el mismo, queda prohibida "toda discriminación"

⁸⁸ do nº C 80, de 9 de julio de 1974, pp. 30-32.

⁸⁹ do nº C 13, de 12 de febrero de 1974, pp. 1-4

⁹⁰ do nº C 77 de 6 abril de 1981, p. 27

mayor integración de las personas con discapacidad. Concretamente, se instaba a la Comisión a presentar propuestas sobre una Directiva que “estableciese los modelos y criterios de derechos y obligaciones de que fueren titulares estas personas en los Estados Miembros.

Sin duda, la formación de un colectivo con entidad propia que se iba poniendo de manifiesto en los movimientos sociales imperantes, hicieron volver la mirada hacia las personas que se iban visibilizando para asombro de buena parte de la ciudadanía y de los poderes públicos. Los llamamientos, podemos decir, que iban acompañados de varias peticiones esenciales:

Primera: La proactividad requerida a los Estados por medio de propuestas.

Segunda: El establecimiento de un recurso para ello de fácil ejecución. El recurso ofrecido para ello fue el realizado a modo de Directiva como derecho derivado comunitario junto a los Reglamentos, que lo dotaba de mayor entidad. (Hay que recordar que el derecho primario comunitario se realiza por medio de Tratados Constitutivos y Cartas de Derechos Fundamentales).

La Directiva, por tanto, va a suponer una modalidad jurídica empleada por la UE para aplicar sus políticas en los países miembros, los cuales deben adaptarlas en cada uno de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Es la Comisión Europea, el órgano encargado de su desarrollo y promulgación, así como de controlar que los países de la Unión, a los que la Directiva va dirigida, se ocupen de integrar las políticas que incluyen en su legislación nacional.

La dotación de flexibilidad en la aplicación resaltaba el interés de los países de cara a su derecho interno hacia el ámbito de actuación centrado en las personas con discapacidad que van alcanzando así una identidad en sus propios países.

En su desarrollo, el texto reconoce al colectivo como vulnerable, encontrando nexos con la pobreza y con la falta de educación de forma explícita.

El resultado es que en diciembre de ese año 1981, se produjeron una serie de documentos⁹¹ que invitaban a proseguir e intensificar sus acciones para promover la integración económica y social de “los minusválidos” en los Estados.

Por medio del instrumento jurídico de la Recomendación, la Comisión, una vez evaluados los planes de los gobiernos, presenta a cada país un conjunto de cuestiones específicas junto con una comunicación de carácter general.

⁹¹ do nº c 347 de 31 de diciembre de 1981, p. 14, do nº c 347 de 31 de diciembre de 1981, p. 14. la resolución de 21 de diciembre de 1981 sobre “la integración social de los minusválidos”, el Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, do nº c 347, de 31 de diciembre de 1981, p. 1.

Las Recomendaciones se centran en objetivos factibles en los 12 a 18 meses siguientes y en 1986, el Consejo adopta la Recomendación de 24 de julio sobre empleo de los minusválidos (en terminología de la época como sabemos) en la Comunidad y aunque de ello hablaremos en el apartado correspondiente, baste aquí citar algunos de los avances en la materia, como consecuencia de la sucesiva y lenta inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral y en materia educativa, pues la Recomendación ofrece orientaciones adaptadas a cada país sobre cómo impulsar el crecimiento y el empleo del colectivo.

Las conclusiones tras lo expuesto, pueden ser las siguientes:

Primera: Se habla por primera vez de la necesidad de trato equitativo en materia de empleo y de formación profesional del colectivo, algo que promoverá su autonomía personal.

Segunda: Se potencia el derecho laboral, frente a la necesidad de ir ofreciendo un avance con los tiempos, aunque sea con cierta indeterminación, normal en esa época. Se habla de que *“El concepto de minusválido, incluye a aquellas personas que están seriamente incapacitadas por motivos físicos, mentales o psicológicos.”*⁹². En este sentido, hay que mencionar, que existe jurisprudencia reciente de nuestros tribunales que han cuestionado esta semejanza discapacidad-incapacidad ipso facto y cuyo contenido se hará en el apartado oportuno de forma más amplia.

Conforme se iban produciendo avances sociales por parte de las personas con discapacidad y sus asociaciones, se iban promoviendo acciones concretas. En este sentido cabe destacar:

- la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 1987 sobre el transporte de minusválidos y ancianos⁹³ y,

⁹² Podemos pensar que esto es el antecedente del concepto asimilado actual de las personas con incapacidad total para su profesión habitual en el grado que sea o los declarados con inutilidad para el servicio consagrados en la LGDPD art. 4.2 Además tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

⁹³ do nº c 281, de 19 de octubre de 1987, p. 85.

- la Resolución del Parlamento Europeo de junio de 1988 sobre lenguajes gestuales para sordos⁹⁴

Como aportaciones, son destacables varias: Por un lado, se habla, por primera vez de una definición que se volverá a poner de manifiesto en el art. 2 de la Convención de 2006, nos referimos a la distinción entre discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones de discapacidad, edad y orientación sexual. Lo mismo cabe decir en relación con el empleo cuando define los ajustes razonables y que se desarrollará más adelante.

Por otro lado, lo que aquí cabe poner de manifiesto es el carácter específico referido al aspecto laboral de las personas con discapacidad, aclarando al respecto en su art.7, qué se considera discriminación en el empleo.

Tercera: El Reglamento (CE) N^o 1107/2006 de 5 julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo del Parlamento Europeo y del Consejo.

Podemos decir, que supuso el primer texto de la Unión Europea, de naturaleza vinculante, destinado, exclusivamente, a la protección de los derechos de las personas con discapacidad incidiendo en la movilidad social del colectivo, se estaba llevando a cabo con las proclamas de ser partícipes en la realización de los derechos consagrados y , por tanto, exigibles.

La doble finalidad establecida en su art. 1.1., se dirige hacia la concreción de *“las normas de protección y asistencia de personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, tanto para protegerlas de la discriminación como para asegurar que reciban asistencia”*⁹⁵.

En cuanto al ámbito de aplicación, el art. 1.2. determina que *“Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicables a las personas con discapacidad o movilidad reducida que utilicen o pretendan utilizar vuelos comerciales de pasajeros que salgan de los aeropuertos situados en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, lleguen a esos aeropuertos o transiten por ellos”*.

Las obligaciones que establece la norma se refieren a varios aspectos:

1.- A una proactividad de las Administraciones involucradas en estas infraestructuras,

2.- Al diseño accesible desde el origen (art. 5) que se extendió, 5 meses después con la Convención a la llamada Accesibilidad Universal y el Diseño para Todos, como: el uso de pictogramas, de la lectura fácil para la discapacidad

⁹⁴ (do n^o c 187, de 18 de Julio de 1988, p. 236.

⁹⁵ Obsérvese el hecho de ser una norma cuatro meses anteriores a la Convención de 13 de diciembre de 2006.

intelectual o del desarrollo; señalizaciones en braille o acústicas para la discapacidad visual; señales luminosas indicativas para la discapacidad auditiva, y que supuso, el avance en la internacionalización llevada a cabo por la Convención meses después, según se ha mencionado.

Podemos decir, por lo tanto, que estamos ante un reglamento que pone en manos de la autoridad aeroportuaria, la obligación de garantizar la asistencia de la persona con discapacidad que entra en sus espacios competenciales. Serán las compañías aéreas las competentes cuando la persona se encuentre a bordo de la aeronave (art. 12).

En lo referente a los Programas de la Unión Europea en materia de discapacidad, su necesidad surge porque las normas generales mencionadas, para ser desarrolladas en ámbitos de aplicación específico y dentro de situaciones determinadas, necesitan ir desgajándose a modo de Decisiones y Programas de actuaciones específicas, dando así respuestas a las necesidades de un colectivo cada vez más creciente y activo socialmente.

1.3.2. Los programas Helios

Siguiendo la secuencia cronológica europea que nos ocupa, en 1988 se adopta, a través de la Decisión de 18 de Abril, el segundo programa de acción de la Comunidad a favor de los minusválidos: Programa HELIOS (do nº 1 104, 231, de 23 de abril de 1988, p. 38.). Así, se dotaba de continuidad a la labor comenzada en 1974 con el ya mencionado, primer programa de acción comunitario.

La evolución, fue la siguiente: En los años 80, las instituciones europeas se fueron haciendo eco de los avances de un colectivo cada vez más visibilizado, lo que llevó a que 1981, fuera declarado Año Internacional de los impedidos. El objetivo era promover las mejoras en un colectivo con acciones destinadas a la mejora de la situación del colectivo provocando medidas concretas. Así, en 1988 se elabora el Programa Helios (1988-1991) que contó con 19 millones de euros⁹⁶. Es, según hemos visto, el segundo programa de acción comunitaria con el objetivo de contribuir a la aplicación de varias acciones específicas orientadas a promover la integración social y una vida normal independiente para el colectivo.

⁹⁶ Referencia del Diario Oficial: L 104 - 1988-04-23.

Según la UE, el programa se diseñó para complementar las acciones adoptadas a nivel nacional, en particular la coordinación de estas acciones y el intercambio de las experiencias obtenidas de ellas⁹⁷.

Los objetivos del plan eran los siguientes:

- a) Fomentar, en los sectores de la formación profesional y la rehabilitación, la integración económica y social y una vida normal independiente para los “minusválidos” comunitarios, en la experiencia innovadora de los Estados miembros;
- b) Contribuir a la aplicación de la recomendación 86/379/CEE y de la resolución del Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, del 21 de diciembre de 1981;
- c) Proseguir y, si procede, ampliar el apoyo comunitario a la cooperación de organizaciones no gubernamentales europeas en sectores de la formación profesional y la rehabilitación, la integración económica y social y una vida independiente para los “minusválidos”;
- d) Prestar la debida atención a las necesidades profesionales de las mujeres “minusválidas” y a la promoción de su integración social y de una vida normal independiente de ellas y de quienes tienen responsabilidades en el cuidado de niños y adultos “minusválidos” en el hogar.

Las medidas que se articulan para ello son de diversa índole. Así:

1. Las que podemos denominar medidas genéricas, entre las que destacamos:

a) La creación de una red comunitaria de centros y experimentos de formación profesional o rehabilitación

b) La restructuración de la red comunitaria real de centros de formación profesional o rehabilitación, con el fin de facilitar el intercambio de experiencias y de dar un nuevo impulso al desarrollo de medidas de formación profesional o rehabilitación.

2. Las medidas específicas relativas a la promoción de la vida autónoma suponen la creación de un programa especial para fomentar la vida autónoma que incluya la movilidad y el transporte, o la accesibilidad en el acceso a los edificios y servicios públicos y la vivienda;

3. Las Medidas focalizadas en las Redes de proyectos piloto como fomento social de carácter más local.

⁹⁷ <https://cordis.europa.eu/>

4. Las Medidas de fomento de la formación profesional y la rehabilitación y de la integración económica, el apoyo a conferencias europeas, información, documentación y asesoramiento, visitas de estudio y seminarios para jefes de proyectos;

5. Las Medidas de Promoción de la inclusión social y de una vida independiente, incluido el apoyo a conferencias europeas, información, documentación y asesoramiento, visitas de estudio y seminarios para jefes de proyectos.

La articulación de este proyecto conllevó a su vez, la aprobación del Sistema Handynet, que suponía la coordinación y fomento ulterior del sistema de información por ordenador de la Comunidad Europea sobre cuestiones relativas a las personas con discapacidad, en los idiomas oficiales de la Comunidad. El fomento de cooperativas para actividades exteriores basado en Planes anuales para apoyar a los proyectos de cooperación europeas contando con los organismos independientes, en particular las asociaciones del tercer sector.

Así, la Comisión se encargó de la aplicación del programa asistida por un Comité Asesor formado por dos representantes oficiales de cada Estado miembro y presidido por un representante de la Comisión, que presentó un proyecto de las medidas que se debían adoptar⁹⁸.

Entre los avances del programa Helios, destaca el reconocimiento de las necesidades de las personas con discapacidad, más allá del aspecto médico, pues se trataba oficialmente de la necesidad de rehabilitación profesional y de *“la integración económica y social y la autonomía de las personas discapaces”*.

En la cronología de la protección jurídica del colectivo, destaca un año especialmente activista y resolutorio en derechos, el año 1993 en el que se declara por primera vez, el día europeo de *“las personas discapacitadas”* (obsérvese el cambio de nomenclatura). Junto a ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, de 20 de diciembre de 1993, aprobó una serie de 22 Normas Estándares o Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad desde la toma de conciencia al colectivo, hasta la equiparación igualitaria de derechos y sus

⁹⁸ Antes de consultar al Comité, la Comisión solicitó la opinión de un grupo de enlace presidido por un representante de la misma y otro de parte de los representantes gubernamentales, nueve de las personas con discapacidad y sus familias, una de las organizaciones de empresarios y una de las organizaciones sindicales.

mecanismos de supervisión⁹⁹. Los 22 artículos de estas Normas se estructuran en 4 Capítulos referidos a los requisitos para la igualdad de participación; Las medidas de ejecución; y los mecanismos de supervisión.

Esta evolución encontró el apoyo institucional de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), pues reconocían que estas medidas uniformes, promueven su finalidad común de coordinación en la elaboración de políticas nacionales relativas a la discapacidad y a su rehabilitación¹⁰⁰.

En el periodo comprendido entre 1993 y 1996 renacen los compromisos en forma del Programa HELIOS II. Entre las medidas que se propusieron se encuentran:

- Favorecer actividades de intercambio e información entre los Estados miembros
- Realizar un inventario de ayudas técnicas.
- Planificar actividades de investigación y fomento que estimulen la adaptación de las tecnologías a las necesidades de las personas con minusvalía.
- Cooperar y colaborar con las Organizaciones llamadas No Gubernamentales (en adelante ONGs).
- Realizar campañas de información y sensibilización de la opinión pública y de los medios de comunicación.
- Establecer un Foro Europeo de Personas “Minusválidas” como órgano de consulta del programa con el objetivo de permitir una comunicación y participación de las personas con discapacidad en el marco de los programas existentes.

En 1996 fue creado el EDF (European Disability Forum en sus siglas en inglés). El Foro Europeo de la Discapacidad¹⁰¹, surge para garantizar que las decisiones a nivel europeo relativas a las personas con discapacidad se tomen con y por personas con discapacidad. Desde entonces, han ido estableciendo canales regulares de promoción ante instituciones europeas, incluido el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo de la UE, estando inmersos en un Marco Estratégico Propio 2017-2021 que precisa entre otras cuestiones, ...” El objetivo general durante este período de cuatro años es crear un nuevo marco para los derechos de las personas con discapacidad en la UE.

⁹⁹ <https://www.un.org/esa/socdev/enable/dissres0.htm>

¹⁰⁰ https://www.who.int/disabilities/policies/standard_rules/es/

¹⁰¹ <http://www.edf-feph.org/>

Concretamente, aspiramos a una estrategia integral de derechos de las personas con discapacidad 2021-2030, que se aplicará mediante un acuerdo interinstitucional a nivel de la UE. La nueva estrategia integral de derechos de las personas con discapacidad 2020-2030 debe estar alineada con la aplicación de la Convención, y su período de tiempo debe coincidir con el punto final de la Agenda Mundial para el Desarrollo Sostenible. Los objetivos de esta estrategia global deben integrarse en el presupuesto de la UE 2021-2027. Con el fin de sensibilizar sobre esta estrategia, 2021 debe ser denominado el Segundo Año Europeo de los derechos de las personas con discapacidad”. Otro de los temas más abordados desde este programa, fue la utilización del modelo social frente al modelo médico, resaltando y dando sentido al lema de “nada sobre nosotros sin nosotros”.

En la actualidad, ya contamos con el compromiso por parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece una visión transformadora hacia la sostenibilidad económica, social y ambiental de los 193 Estados miembros que la suscribieron y es la guía de referencia para el trabajo de la comunidad internacional. Representa entonces un consenso multilateral entre gobiernos y actores diversos, capaz de tornar compatibles las políticas nacionales a favor del empleo con derechos y el desarrollo con la expansión del comercio internacional y la prevención de conflictos. Representa los compromisos que reconocen a las personas, la paz, la prosperidad compartida, al planeta y las alianzas como los principales rectores, compartidos y universales, en los que se debe basar una nueva batería de estrategias y políticas globales, regionales y nacionales, cuyo objetivo prioritario es caminar conjuntamente hacia una sociedad más igualitaria¹⁰². De este tema, se hablará más detenidamente en el apartado correspondiente.

Volviendo a los datos históricos, se concibió un cauce para que la formación profesional de los jóvenes con discapacidad fuera considerada como una responsabilidad social, junto a los esfuerzos por la inclusión de trabajadores con discapacidad en el mercado laboral a sabiendas de las elevadas tasas de paro de los países. Para dar calidad profesional, se resaltó la necesidad del desarrollo de programas formativos relacionados con el empleo de forma permanente y la necesidad de cooperar con los empresarios, las familias, las autoridades locales y las personas con discapacidad.

El compromiso político y social, se volvió a refrendar a través de la aprobación por los jefes de Estado o de Gobierno de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de

¹⁰² <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible/acerca-la-agenda-2030-desarrollo-sostenible>

diciembre de 1989. Se avanzó en el hecho de poner de relieve no sólo la importancia de reconocer las necesidades específicas que seguían teniendo las personas con discapacidad, sino que, además se concretaban las mejoras a realizar para lograr disiparlas. *“Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda”*¹⁰³.

El efecto de toda esta evolución en la normativa llevó al año clave en materia de discapacidad, el 2003, cuando por primera vez el Consejo de la Unión Europea consagró la declaración de Año Europeo de las Personas con Discapacidad, lo que produjo efectos inmediatos en España, pues se empezó a legislar de manera concreta, como por ejemplo, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, el II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2003-2007, La Ley 51/2003, de 2 de diciembre Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (conocida como LIONDAU) y que hoy está refundida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹⁰⁴.

Otros ejemplos como el Plan Nacional sobre Accesibilidad (2004-2012) y herramientas de avance para los Estados por medio de Programas Específicos, Agendas Revisadas, Estrategias, en definitiva, para ir dotando de contenido la acción de los Gobiernos y alguna de las cuales trataremos con mayor profundidad en este trabajo. A modo de resumen, podemos decir que plantean objetivos por un lado y líneas de intervención, por otro. Así y en accesibilidad, tres son los objetivos prioritarios del Plan:

- 1.- Realizar los estudios, que, por imperativo de la Ley se han de llevar a cabo en los dos primeros años para el desarrollo general del plan;
- 2.- Proceder a la regulación de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminaciones previstas en la Ley.
- 3.- Impulsar la promoción de la accesibilidad y las medidas contra la discriminación con carácter prioritario en las oficinas de las Administraciones Públicas, con especial incidencia en servicios sociales y judiciales, en las telecomunicaciones y la sociedad de la información, y en los establecimientos y servicios de ocio y turismo.

¹⁰⁴Junto a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, fue la primera ley aprobada en España (LISMI), la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

1.3.3. Empleo y Discapacidad

Aunque es materia de otro análisis más específico, debemos mencionar si quiera someramente, las dos formas principales de mercado de trabajo en nuestro país: el empleo ordinario y el empleo protegido.

El empleo ordinario, lo conforman las empresas y organizaciones del tejido empresarial privado. Junto a él y como especialización de determinados sectores del colectivo, el empleo protegido (que en nuestro país existe desde 1985), cuenta con la figura de los Centros Especiales de Empleo (en adelante CEE) y con los Enclaves laborales como medida de aplicación más efectiva de traslación al mercado ordinario de trabajo.

Los CEE regulados en el Real Decreto 2273/1985, son centros públicos o privados que realizan un trabajo productivo y asistencial, aseguran una remuneración para los trabajadores y tienen como objetivo fundamental la inserción laboral del mayor número posible de personas con discapacidad. El trabajo de estos centros se ha actualizado mediante el Real Decreto 469/2006, que moderniza los Servicios de Ajuste Personal y Social, que permiten ayudar a superar las barreras y dificultades que tienen los trabajadores con discapacidad de los Centros en el proceso de incorporación y permanencia en un puesto de trabajo.

La otra iniciativa en este ámbito es la constitución de los denominados Enclaves Laborales, regulados en el Real Decreto 290/2004. Consisten en el traslado temporal de un grupo de trabajadores con discapacidad de un Centro Especial de Empleo a las instalaciones de una empresa del mercado ordinario de trabajo, para el desarrollo de una actividad productiva, a través de un contrato de arrendamiento de servicios entre el centro y la empresa. El objetivo final de los enclaves laborales es facilitar la transición desde el empleo protegido al empleo ordinario. Sin embargo, su regulación nacional se torna incompleta cuando la Convención dedica gran generosidad al tema (el artículo 27 con dos apartados y el primero de ellos con 11 puntos) y nuestra transposición nacional se remite en numerosas ocasiones a leyes antiguas en el tiempo.

Como medida de aplicación de la norma internacional, se ha publicado en España el mencionado *ut supra* Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDPD, al permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación, formación profesional

para el empleo, así como el apoyo para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo de calidad y retorno al mismo.

Por lo tanto, la tarea no es fácil, pues se deberán promover oportunidades empresariales, el autoempleo, la adquisición de experiencia laboral en un mercado de trabajo abierto. En definitiva, una promoción de autonomía que viene determinada mediante la realización de una actividad productiva de bienes y servicios con la finalidad de asegurar el empleo remunerado y, por tanto, la profesionalización de las personas en el mercado ordinario de trabajo.

No cabe duda de que, dada las circunstancias, todos estos retos quedan por cumplir, especialmente, en el empleo protegido porque, como se verá, parece tener una concepción de empleo de “segunda categoría” y tal vez el motivo sea el tener pendiente una regulación actualizada a los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país con la firma de la Convención y de su Protocolo Facultativo, y al texto refundido que lo quiere desarrollar. Sin embargo, como se verá, la referencia a la normativa anterior, la inexistencia de una actualizada hace que no termine de aplicarse de manera contundente el contenido de la Convención en nuestro texto refundido.

Tanto para el empleo ordinario como para el protegido, se han organizado una serie de herramientas y recursos para lograr la efectividad del compromiso laboral de las personas con discapacidad. Tal es el caso de las adaptaciones de centro y de puestos de trabajo, que han supuesto una mejor valoración de las Unidades de Apoyo. En ellas, se aplican los servicios de ajuste personal y social (Art. 43.2) que requieran las personas trabajadoras con discapacidad según las circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente y aquí está la frenada porque, como se verá, se sigue haciendo uso de esta figura para casos muy específicos.

Sigue el art. 43 definiendo los servicios de ajuste personal y social a aquellos que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que tengan para el proceso de incorporación al puesto de trabajo, así como a la permanencia o progresión en el mismo. Por ahora, lo que debemos resaltar es una relación laboral especial sin actualizar (RD. 1368/1985 de 17 de julio), sujeta al XIV Convenio Colectivo del sector con diferencias con relación a los convenios de carácter ordinario y en donde se refuerzan las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional (R.D. 469/2006, de 21 de abril). Conforme a la disposición final duodécima del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, esta materia está regulada por RD. 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan. Son multidisciplinar, enmarcados dentro de los Servicios de Ajuste Personal y Social de los Centros Especiales de Empleo, (art. 6 R.D. 469/2006).

Los destinatarios finales de este programa serán los trabajadores con discapacidad de los Centros Especiales de Empleo que se encuentren en alguno de los supuestos que se describen a continuación:

-Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.

- Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%¹⁰⁵.

Las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional podrán prestar servicio también a los trabajadores con discapacidad del Centro Especial de Empleo no incluidos anteriormente, siempre y cuando la dedicación a estos trabajadores no menoscabe la atención de los incluidos en el apartado anterior.

Tanto para acceder a cualquier tipo de ayuda, como para su posterior continuidad, los CEE deben cumplir los requisitos exigidos en el R.D. 2273/1985, de 4 de diciembre (Reglamento de los Centros Especiales de Empleo) y en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre (Ley General de Subvenciones).

Queda pendiente el dotar de mayor razón de ser a las Unidades de apoyo ya que si un CEE no tiene trabajadores con esas dificultades, se entiende que no está obligado a arbitrar la creación de esta. No cabe duda de que esto no es del todo eficaz, puesto que debido al carácter multidisciplinar de la misma, se pueden posicionar como un referente de tratamiento de la discapacidad de forma profesional que interactúe en la gestión de colocación como órgano que arbitre las mejores condiciones para el desempeño del puesto. Esto le daría a los CEE un aspecto social más ampliado, además de una garantía a las empresas externas de profesionalización del sector y su calidad en el empleo.

Desde otro punto de vista, el artículo 45 de la LGDPD, proclama el deber de las Administraciones públicas de promover la creación y puesta en marcha de centros especiales de empleo a la vez que el fomento de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la empresa ordinaria. Asimismo, vigilarán, de forma periódica y rigurosa, que las personas con discapacidad sean empleadas en condiciones de trabajo dignas y adecuadas.

Por lo tanto, podemos decir que los objetivos están claros, siendo alguno de ellos, los siguientes:

a) Favorecer el paso de las personas con discapacidad desde los CEE al mercado ordinario de trabajo de manera estable.

b) Promover que la empresa ordinaria conozca mejor las capacidades y aptitudes de los trabajadores con discapacidad.

¹⁰⁵ Es decir, especiales dificultades de inserción. Gravemente afectados.

c) Facilitar a las empresas con más de 50 empleados el cumplimiento de su obligación de reservar el 2% de trabajadores con discapacidad¹⁰⁶.

En cuanto a la composición del Enclave Laboral, varias son las partes:

1.- Empresa contratante: Cualquier empresa que actúe en el mercado ordinario.

2.- Un CEE debe tener una plantilla con un mínimo del 70% de sus trabajadores con discapacidad. Su objetivo principal, no hay que olvidarlo, es el trabajo productivo.

3.- De aquellos, un mínimo del 60% deberán ser trabajadores con especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario, estos son: Los que tengan parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado ideal o mayor del 33%; o trabajadores con discapacidad física o sensorial, en grado igual o superior al 65%¹⁰⁷.

Además, el CEE, no podrá tener como actividad exclusiva la del Enclave por varias razones: la limitación temporal pues debe realizarse tan sólo por periodos de dos meses y por razones de promoción social, pues las personas que están en ellos, corren el riesgo de convertirse en un mundo apartado dentro de la propia empresa y de las relaciones entre compañeros.

Para la necesaria formalización del compromiso. el CEE y la empresa contratante suscribirán un contrato por obra y servicio, con duración mínima de 3 meses a un máximo de 3 años. Aunque se podrá prorrogar por un periodo mínimo de 3 meses y hasta un máximo de 3 años. La duración máxima del enclave, incluida la prórroga: 6 años.

En numerosas ocasiones, la realización de estos objetivos, las empresas valoran la externalización de servicios, en base a decisiones de política de empresa y de economía en el caso de que optaran por medidas alternativas de cumplimiento. Puede darse el caso de que cuando se decida por un CEE sea una de las razones el compromiso social y otra el presupuesto presentado, pero ¿qué ocurre si el presupuesto es mejorado por otra empresa ordinaria externa una vez que estaban los trabajadores con discapacidad contratados para ese servicio? Se trata de determinar si la obligación de subrogación por la sucesión de contratos prevista en el convenio colectivo del sector resulta exigible a la nueva contratista

¹⁰⁶ El artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, establece una cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

¹⁰⁷ Salvo en el caso de las mujeres cuyo grado será igual o superior al 33%.

porque no hay cláusulas de subrogación social lo mismo que las hay en materia de accesibilidad: la Disposición Adicional 5ª de la LGDPD, exige la memoria de accesibilidad en las infraestructuras de titularidad estatal. Incluso la propia Convención habla de las obligaciones de las empresas junto con los organismos públicos para la accesibilidad en su artículo 9 junto al compromiso de los terceros en formarse en esta materia. Se echa en falta semejantes exigencias en la regulación del trabajo en el artículo 27 que lo enumera como compromiso de los Estados.

El alto tribunal tuvo ocasión de pronunciarse en varias sentencias entre las que destacamos algunas por su conexión a nuestra materia. Así, reconoció en la STS 806/2010, el criterio de que los trabajadores con discapacidad contratados por centros especiales de empleo que concurren en el ámbito de la contratación deben estar integrados en el caso de subrogación siendo su tratamiento idéntico al de los restantes trabajadores, con independencia de las consecuencias laborales que en el ámbito de la naturaleza jurídica de la relación laboral, deban producirse.

En la STS 1186/2012 y STS 8621/2012 se abunda en los planteamientos de base subrogatoria, sin embargo, la problemática surge ante la etiqueta de relación de carácter especial del CEE con sus trabajadores y que nos hace estar fuera del supuesto de sucesión de plantillas¹⁰⁸.

En tales supuestos, argumenta con acierto el alto Tribunal en la Sentencia 8621/2012, se rige un criterio funcional de pertenencia, de manera tal que se determina la aplicación de una norma convencional de las empresas, respecto a la actividad que realizan los trabajadores en cuyo contrato ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión. Por lo tanto, podemos decir, que la determinación de la cláusula social y del criterio funcional, deberían bastar para haber dado forma legal a estos supuestos, ya que es en el criterio objetivo de la actividad es donde se viene determinando que la no contratación de personas con discapacidad supone, en estos casos, un trato discriminatorio tratándose de trabajadores que realizan las mismas funciones.

La inclusión laboral debe hacerse, por tanto, principalmente en el mercado ordinario de trabajo y esa misma finalidad integradora e inclusiva, se hará en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato que proclama la Convención y de la LGDPD.

¹⁰⁸ Artículo 44 del Estatuto de los trabajadores y que es lo que argumentan las empresas que no quieren seguir con la relación de las personas con discapacidad.

En tal sentido, la Comisión presentó una Comunicación al Consejo realizada el 4 de noviembre¹⁰⁹, sobre las directrices a incluir en las políticas activas, destacando la asignación presupuestaria del Fondo Social Europeo. Es importante el punto II donde se reconoce las necesidades de las personas con discapacidad de razones económicas y sociales. En el punto IV plantea el objetivo de la remoción de los obstáculos que impidan el desarrollo de estas personas en el ámbito de sus vidas, de su aprendizaje y de su trabajo. Para ello, los cinco tipos de medidas que se previeron fueron:

“i) La creación de una red comunitaria de acción llevada a cabo a nivel local para que sirva de referencia y de modelo hacia otras iniciativas;

ii) La creación de sistemas mejorados de difusión de las informaciones y el intercambio de experiencias entre Estados miembros y, dentro de éstos, con el fin de hacer progresar la evaluación de las medidas y las prácticas nacionales y locales;

iii) Una serie de estudios y de conferencias destinados a concretar ciertos problemas seleccionados que presentan un interés particular en el plano local, con el fin de formular a nivel comunitario orientaciones en que deberían inspirarse las políticas de los Estados miembros;

iv) El esfuerzo de los trabajos de la actual red comunitaria de centros de readaptación de modo que se promueva una cooperación para la puesta a punto de modelos de soluciones para los problemas clave y para permitirles desempeñar un papel más activo en la difusión de las prácticas que han demostrado;

v) La difusión de los resultados de las experiencias piloto llevadas a cabo por la Comunidad en materia de vivienda con el fin de favorecer la inserción social de los minusválidos y la organización de acciones permanentes en esta materia”¹¹⁰.

El 21 de diciembre de 1981, el Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el Consejo, proponían a los Estados miembros “proseguir e intensificar sus acciones para promover la integración económica y social de los minusválidos”¹¹¹.

Parece pues reconocerse el origen de las prestaciones como necesidad para alcanzar la integración social y la necesidad de un empleo para ello, tal y como reconoce por su parte la OIT cuando habla de un trabajo decente” como compromiso para los Estados.

¹⁰⁹ “Comunicación sobre las líneas directrices de la acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos”

¹¹⁰ AA.VV. “La protección internacional de las personas con discapacidad”. Universidad Carlos III y BOE. 2007, pp 185-194.

¹¹¹ do n° c 347, de 21 de diciembre de 1981, p 1) www.ilo.org/spanish

Podemos decir, por tanto, que se visualizaba un cambio de perspectiva del colectivo que ponía sobre la mesa la actuación primaria de los poderes públicos por medio de políticas y estrategias públicas específicas como compromiso de los Estados.

El Diario Oficial de la UE N° L 225, 379, de 12 de agosto de 1986, entre sus páginas 43 a 47, publicaba la Resolución del Consejo “Sobre empleo de los minusválidos en la Comunidad”. Varios aspectos relevantes podemos decir al respecto del documento. En primer lugar, se refiere esencialmente al ámbito del empleo lo que ya denotaba la intencionalidad de las medidas. En segundo lugar, realiza una denominación de personas minusválidas acorde con la CIDDM de 1976, pero más amplia e inhabilitante, al decir que “[...]el término *minusválido*, comprende a todas aquellas personas seriamente incapacitadas por motivos físicos, mentales o psicológicos”¹¹².

El 9 de diciembre de 1989, los jefes de Estado y de Gobierno aprobaron en la Cumbre de Estrasburgo, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Pues el punto 26 expone que “Todo minusválido, cualquiera que sea el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer, su integración profesional y social. Estas medidas de mejoras deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transportes y la vivienda”.

Ante el silencio que los Pactos Internacionales guardan al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en su Observación general núm. 18 que: “10. [...] el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto.

Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación.

Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población.

¹¹²Habrá que esperar a que la OMS publicara en Resolución 54.21 de 22 de mayo de 2001, una nueva versión de la misma: la CIDDM 2, que ha pasado a denominarse Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”.

Ejemplo de que las modificaciones que se producen giran en torno a lo establecido, es la ley andaluza 4/2017 que establece en su artículo 28 de conformidad con el marco normativo estatal, la reserva de plazas en las ofertas de empleo público y en las bolsas de trabajo temporal de un cupo no inferior al 10% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, reservando dentro del mismo un porcentaje específico del 2% para personas con discapacidad intelectual y un 1% para personas con enfermedad mental que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%; siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la aptitud y compatibilidad con el desempeño de las tareas. Asimismo, en caso de no cubrirse las plazas vacantes reservadas deberán acumularse para ofertas posteriores con el límite del 10%¹¹³.

Cabe preguntarse entonces, a la vista de lo desarrollado, si a todas las personas que acceden “por la vía de la normalidad” a las Ofertas Públicas de Empleo, se les exige que demuestren su aptitud para ello, la respuesta negativa hace que la tranquilidad de situarse fuera de ese control pueda hacer más fácil la aceptación del colectivo general frente a los comprendidos en el cupo de reserva a personas con discapacidad. y no al contrario como mayoritariamente se piensa.

Una vez superada la prueba y reconocida la aptitud, corresponde a la Administraciones Públicas realizar las adaptaciones necesarias al centro y al puesto de trabajo junto con los ajustes razonables para la mejor productividad de la organización.

En conclusión , podemos decir que las obligaciones positivas se refieren al deber que, bajo determinados supuestos, tienen los Estados tanto de acción como de omisión, esto es, tienen el deber no sólo de abstenerse de actuar, sino de llevar a cabo una actuación para evitar situaciones discriminatorias. En segundo lugar, las medidas positivas. son aquellas que van encaminadas a compensar la desventaja de un determinado colectivo y que refuerzan derechos por medio de un trato diferenciado más favorable, es el caso de las bonificaciones empresariales a la contratación, a las adaptaciones de puestos de trabajo o de los beneficios fiscales, entre otros.¹¹⁴.

¹¹³ Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (BOJA nº191).

¹¹⁴ El Convenio nº159 de 22 de junio de 1983, en su art. 4, refiere la forma de llevar a cabo la política de readaptación profesional y de empleo de las “personas inválidas” sin que suponga una

Es difícil, por tanto, que encontremos referencias a la Autonomía de las personas con discapacidad en estos años, pero sin duda eran medidas que reportarán una mejor promoción de ellas en la comunidad, pues el empleo por sí mismo, proporciona libertad para quien lo tiene y responsabilidad social para el que lo da. Otra cosa será, como se desarrolla todo en la práctica.

Otros ejemplos de lo mencionado se encuentran de manera indeterminada en diversas Recomendaciones, así por ejemplo, la Recomendación R (92) del Consejo de Europa sobre “la elaboración de una política coherente en materia de personas discapacitadas”, en la que aparecen expresamente citadas las cuotas de reservas de empleo¹¹⁵. En 1986, el Consejo adopta la Recomendación de 24 de Julio Sobre empleo de los minusválidos en la Comunidad¹¹⁶.

Con relación a las Recomendaciones tal y como afirma Monereo, no figuran en el cuadro del sistema de fuentes del Derecho de la UE, por lo que no tienen típicamente fuerza normativa vinculante para los Estados miembros. De ahí sus límites, pero también su adaptación técnica para los objetivos perseguidos de una convergencia no armonizadora de las regulaciones básicas de los derechos de Seguridad Social en los ordenamientos nacionales¹¹⁷.

Las personas con discapacidad que acceden al empleo tienen una serie de características que son un hándicap si lo comparamos con otros colectivos sociales: Aquellas que acceden al mercado de trabajo ordinario, lo hacen de forma minoritaria, encuadrándose en una brecha de desigualdad social en los empleos de menor capacitación y mal remunerados, sin adaptación alguna al puesto.

Asimismo, se resalta el hecho de que suelen ser objeto de los primeros despidos en momentos de crisis económicas, agravando las ya difíciles situaciones familiares, sociales o culturales en las que se desenvuelven. Todo ello deriva, en definitiva, en falta de oportunidades de encontrar empleo y de mantenerlo cuando hablamos de personas con discapacidad.

referencia excluyente. En su art. 4 establece que se llevaran a cabo bajo el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos/as y trabajadores en general. Esto pareció poner en pie de igualdad a ambos grupos de presión.

¹¹⁵ do nº 1 225, 379, de 12 de Agosto de 1986, p. 43-47.

¹¹⁶ do nº 1 225, 379, de 12 de Agosto de 1986, p. 43-47.

¹¹⁷Monereo Pérez, J.L.: Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Vol. 8 Núm. 2/2018. p. 262

Finaliza la década de los 80, con otra norma básica de la UE como es la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de noviembre de 1989 que, sin embargo, inexplicablemente se olvida a las personas con discapacidad cuando plantea la no discriminación por diversos motivos en el trabajo inspirando un espíritu de solidaridad en el empleo. Puede ser que el olvido se hiciera ante la falta de resultados óptimos de la integración laboral del momento o Puede que otros grupos de presión resultasen ser más efectivos en el compromiso público. Sin duda consideramos, que alguna de estas causas pudo ser influencia para el olvido de la mención expresa del colectivo.

Es en la década de los 90, donde realmente, se produjeron importantes avances el ámbito de las personas con discapacidad y su relación con el empleo. En 1990, se pone en marcha la primera iniciativa comunitaria EMPLEO, que dio lugar al Programa denominado HORIZON, que por un lado reforzaba la idea de integración de las personas con discapacidad en el empleo y, por otro, con cargo del Fondo Social Europeo, dotaban a los programas estatales como medio instrumental para ello, especialmente los proyectos de carácter transnacional que asocian al colectivo en sus objetivos. Estas aportaciones económicas, pertenecen a la dotación de los llamados Fondos Estructurales, lo que da consistencia al desarrollo de los programas y a la continuidad de estos.

En 1992, destaca la Resolución sobre los derechos de los deficientes mentales aprobada por el Parlamento Europeo el 16 de septiembre apremiando a la toma de medidas en cuatro ámbitos diferentes: los derechos civiles, la formación, la educación, el trabajo y la seguridad social y la asistencia y la vivienda. (do nº c 284, de 2 de noviembre de 1992, p. 49).

En las Normas Uniformes, de 20 de diciembre de 1993, se reproducen el espíritu y las medidas mencionadas con la mención expresa del concepto de ajustes razonables (que después se acentuará en la Convención en 2006). En concreto el art.7.2. manifiesta la necesidad de apoyo específico por parte de los Estados en esta materia de promoción del empleo del colectivo y sus beneficios coadyuvantes.

Como se ha mencionado anteriormente, en 1993, tras finalizar el programa Helios inicial, se pone en marcha el programa Helios II (do nº l 56, de 9 de marzo de 1993, p. 30). Las consecuencias más inmediatas es que se empezaron a tener en cuenta las organizaciones no Gubernamentales, y que avocaron a la coordinación de esfuerzos y resultados por medio de la creación de un órgano consultivo de la Comisión, esto es, el llamado Foro Europeo de la Discapacidad¹¹⁸.

¹¹⁸ En el año 1995, se aprueba la "Resolución de 14 de diciembre sobre los Derechos Humanos de los minusválidos" (do nº c 17, de 22 de enero de 1996, p. 196).

Como aportaciones del documento, podemos resaltar las siguientes:

Primero, se solicita a la Comisión y a los Estados Parte que, a nivel de Tratado, se incluya en su modificación, “la cláusula antidiscriminación por razón de discapacidad” que dará lugar a importantes avances en los años posteriores mediante instrumentos jurídicos internacionales que provocarán el cambio en el tratamiento comunitario de la discapacidad, especialmente en 1996.

Segundo, la Comisión, a través de su Comunicación de 30 de Julio de 1996 sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía¹¹⁹.

¿Cuál podemos decir que fue la aportación? Supuso una nueva mirada hacia las personas con discapacidad en varios sentidos: Por un lado, se destaca la obligación de los Estados en el trato igualitario. Por otro, supone la visión desde la órbita de los derechos fundamentales.

Tercero, se reconoce la existencia de actitudes negativas que se ejercen sobre el colectivo y que provocan la desigualdad en el trato.

Cuarto, la accesibilidad como obligación pública que no dificulte la autonomía de las personas con discapacidad.

Quinto. Promueve la formación e información de las propias personas con discapacidad para desarrollar sus potencialidades¹²⁰.

En definitiva, la nueva protección jurídica, parte del hecho de considerar como causa de discriminación el sólo hecho de tener su origen en la discapacidad de la persona. Así, el distinto tratamiento injusto con entidad más allá del desaire cobra sentido jurídico propio.

Siguiendo la estela, en 1999, se elaboró por parte del Consejo, una Resolución “*Relativa a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el empleo*”¹²¹.

¹¹⁹COM 96, 406 final.

¹²⁰ A la UE, se le asigna, dada su condición, el fomento del diálogo y el favorecimiento de la integración laboral y del acceso a la sociedad de la información. El Diario Oficial de nº C 12, de 13 de enero de 1997, (p. 1.) publicó el compromiso de los gobiernos con relación a los aspectos mencionados de igualdad de oportunidades y no discriminación. También, alentó la reforma en 1997 del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y de determinados actos conexos. y que se llevó a cabo por medio del Tratado de Ámsterdam que fue firmado el 2 de Octubre de 1997, y está en vigor desde el 5 de mayo de 1999.

¹²¹DO Nº C 1186, de 2 de Julio de 1999, p. 3

En el año 2000, la Comisión presenta la Comunicación “Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”. Dirigida al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. El hecho de dirigirlo a estas instituciones, pensamos que fraguó el texto al hablar de expresiones como: el valor añadido del derecho comunitario, las alianzas para la cooperación y el impulso renovado en las políticas de empleo, por ejemplo. Reconociendo que *“Las barreras presentes en el entorno constituyen obstáculos más graves a la participación social que las limitaciones funcionales”* en su página 5.

Por otra parte, hace una referencia a los avances llevados a cabo hasta entonces y añade un nuevo impulso por medio del tratamiento de la discriminación a la que se enfrentan las personas con discapacidad en el mercado del trabajo y que es abordada de forma más completa en una nueva iniciativa comunitaria EQUAL (2000-2006), cuyo objetivo es establecer una cooperación transnacional que promueva nuevos medios para combatir todas las formas de discriminación y todas las desigualdades en el mercado de trabajo.

También se compromete la Comisión a seguir trabajando a fin de mejorar la recopilación de información estadística útil sobre las necesidades de las personas con discapacidad siguiendo varias líneas de actuación y, en particular, se recopilarán respecto al colectivo, los datos relativos a la situación sanitaria, la protección social, la salud y la seguridad en el trabajo, el empleo y la educación.

A fin de reforzar su compromiso en favor de la creación de un servicio sin barreras y accesible para todos y de reforzar la credibilidad de sus recomendaciones a otros agentes, la Comisión seguirá promoviendo el desarrollo de modelos de buenas prácticas relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad incluso en el seno de su propia organización, entre otras medidas.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, (DOUEC 14 diciembre) que además de reconocer los principios de no discriminación y de integración de las personas con Discapacidad, establece criterios que podemos denominar de interpretación auténtica sobre sus contenidos:

- a) Así, el art. 21. 1, prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.
- b) El art. 26, sobre la integración, expone que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Se pueden relacionar los textos internacionales para crear el marco jurídico de la protección a las personas con discapacidad y su relación con el empleo. Así, podemos decir, que el principio incluido en el artículo 21, se basa en el artículo 15 de la Carta Social Europea y se inspira igualmente en el punto 26 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Además, en las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales¹²², se indica que tales explicaciones fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, (en concreto de los arts. 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, no debemos olvidar que constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta Internacional.

La Explicación relativa al artículo 1. Dignidad humana; establece que *“La dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su Preámbulo [---] Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”* En su Sentencia del 9 de octubre de 2001 el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión¹²³.

De esta norma deriva la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En ella se proponen medidas concretas destinadas a los Estados miembros en la lucha contra la discriminación por religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual.

Para que exista discriminación “es preciso no sólo la existencia de un trato diferenciado, sino discriminatorio. Para que el trato sea discriminatorio es preciso que el legislador haya identificado como particularmente odiosa la causa determinante de esa conducta diferenciadora”¹²⁴.

¹²²2007/C 303/02

¹²³ Asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77.

¹²⁴Aramendi Sánchez, P: La tutela judicial de personas con discapacidad. Un análisis de la aplicación a este colectivo de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, una vez transpuesta al derecho español la Directiva 2000/78. *Revista Iuslabor* 1/2006 pp3-34.

Así se menciona también en otros textos normativos que tratan la discriminación por razón del colectivo, tal es el caso, entre otros, del art. 14 CE; del art. 1 del Convenio 111 OIT; del art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

La posición del Tribunal Europeo, podemos decir que se destaca en *“aclarar que la ausencia de una justificación expresa de la diferencia de trato no implicará que automáticamente esta se considere como una discriminación, sino que se mirarán «otros elementos propios del contexto general”* para obtenerla¹²⁵.

En esta línea, el Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente el amplio margen de apreciación del que disponen los Estados miembros, no sólo para elegir un objetivo específico entre varios posibles en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que permitan lograrlo¹²⁶.

El apartado que se une a todo lo anterior en el proceso, es el requisito de la prueba, cuyo criterio unificado se encuentra en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social que en su art. 77 acuña los Criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes. Así:

1. En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes.
2. Lo establecido en el apartado anterior no se aplica a los procesos penales ni a los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras.

¹²⁵ “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación.” Revista del Derecho del Trabajo nº191 2006 pp.3-4

¹²⁶En este sentido, véase sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2014 (TJCE 2014, 439), Leopold Schmitzer y Bundesministerin für Inneres, Asunto C-530/13 (ECLI:EU:C:2014:2359), apartado 38 y la jurisprudencia en él citada.

1.3.4. La Estrategia Europea sobre Discapacidad 2020-2030

Además de las actuaciones normativas de derecho originario y derecho derivado que hemos analizado, la promoción de los derechos de las personas con discapacidad en la Unión Europea se ha materializado en la creación y desarrollo programático de materias concretas. Así, Destacan:

- La “Estrategia sobre discapacidad 2010-2020”,

- El Plan de Acción 2014-2020; con el fin de conocer líneas y acciones que deberían desarrollar “Plan de acción europeo sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” y que se creó en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. “Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo”¹²⁷.

La Estrategia sobre Discapacidad 2010-2020 surgió al dar forma al contenido de la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, relativo al un compromiso renovado para una Europa sin barreras¹²⁸. Como objetivos, destacamos los siguientes:

- La participación de las personas con discapacidad en la sociedad y la economía,

- La mejora en el ejercicio de los derechos del colectivo,

- La aplicación tanto del Tratado de Lisboa como de la Carta de los Derechos Fundamentales

- La aplicación efectiva de la Convención ante los compromisos ratificados por los Estados y poco practicados en la generalidad de estos.

- Establecer marcos de actuación conjunta.

Las líneas básicas de actuación se establecen por parte de la Comisión, tras la consulta a los Estados, y los resultados obtenidos con el Plan de Acción Europeo sobre la Discapacidad (2003-2010). Puso sobre la mesa, 8 ámbitos de

¹²⁷ COM (2003) 650 final.

¹²⁸ SEC (2010) 1323 y 1324.

actuación desde la Estrategia anterior destinadas, según su texto, a varios campos de actuación:

A) Accesibilidad. “Por accesibilidad se entiende el acceso de las personas con discapacidad. Se propone “utilizar instrumentos legislativos y de otro tipo, como la normalización, para optimizar la accesibilidad al entorno construido, al transporte...en consonancia con las iniciativas emblemáticas de la “Agencia Digital” y “la Unión por la innovación”. Así, se concluye que la accesibilidad es un paso esencial para poder realizarse autónomamente.

B) Participación. Supone que la Estrategia debe dirigirse a la Superación de los obstáculos que impiden la inclusión y que supondrá ayudar a la movilidad de las personas con discapacidad en calidad de personas, consumidores, estudiantes o actores económicos y políticos.

Se compromete a abordar los problemas relacionados con la movilidad interna en la UE, así como facilitar y promover el uso de un modelo europeo de tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad;

En relación con la Autonomía Personal, se va a promover la transición de una asistencia institucional a una asistencia de carácter local mediante el uso de los Fondos Estructurales y del Fondo de Desarrollo Rural. Tendrá la finalidad de respaldar la evolución de los servicios de asistencia locales y de sensibilizar sobre la situación de personas con discapacidad alojadas en centros residenciales, especialmente los niños y las personas mayores y en el Desarrollo Rural.

Para ello, fomentarán la formación de recursos humanos y la adaptación de las infraestructuras sociales, el desarrollo de sistemas de financiación para ayudas personalizadas, la promoción de condiciones laborales adecuadas para los cuidadores profesionales y el apoyo a las familias y a los cuidadores no profesionales, proporcionando servicios de calidad de ámbito local que comprendan el acceso a una ayuda personalizada.

B) Igualdad. Conforme a los requisitos de los artículos 1, 21 y 26 de la Carta y de los artículos 10 y 19 del TFUE, la Comisión promoverá la igualdad de trato de las personas con discapacidad a través de un enfoque de doble vertiente.

La actuación de la UE apoyará y complementará políticas y programas nacionales encaminados a fomentar la igualdad, por ejemplo, promoviendo la conformidad de la legislación de los Estados miembros en materia de capacidad jurídica con la Convención. Por lo tanto, podemos decir que el propósito final trata, en definitiva, de erradicar la discriminación por razón de discapacidad existentes en el ámbito de actuación de los Estados que conforman la UE.

- C) Empleo. Para la autonomía personal, no cabe duda de que los empleos de calidad aseguran una independencia económica, fomentan los logros personales y ofrecen la mejor protección frente a la pobreza. Para alcanzar las metas de crecimiento que se ha propuesto la UE, es necesario que un número mayor de personas con discapacidad ejerzan una actividad laboral remunerada en el mercado de trabajo «abierto».

La Comisión explotará el pleno potencial de la Estrategia Europa 2020 y de su «Agenda de nuevas cualificaciones y empleos» facilitando a los Estados miembros análisis, orientaciones políticas, intercambios de información y otro tipo de apoyo. Dará también a conocer mejor la situación de las mujeres y los hombres con discapacidad respecto al empleo, identificará retos y propondrá soluciones. Prestará especial atención a los jóvenes con discapacidad en su transición de la educación al empleo¹²⁹.

Hay que tener en cuenta que de los motivos de discriminación que enuncia el art. 19 del TFUE (sexo u orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad o edad), tan sólo dos de ellos han sido objeto de desarrollo en políticas comunitarias concretas: La Estrategia mencionada para discapacidad y el Plan de trabajo 2006-2010 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Por otra parte, la Comisión intensificará su apoyo a las iniciativas voluntarias que promueven la gestión de la diversidad en el lugar de trabajo, tales como las denominadas «cartas de la diversidad» que fueron firmadas por iniciativas de empresa de carácter social.

El núcleo de Europa 2020¹³⁰, consideramos que debería incidir en tres prioridades a medio y largo plazo:

- Crecimiento inteligente: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación.
- Crecimiento sostenible: promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos, que sea verde y más competitiva.
- Crecimiento integrador e inclusivo: fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial.

¹²⁹ Abordará la movilidad interna en el mercado laboral «abierto» y en talleres protegidos a través del intercambio de información y del aprendizaje mutuo. Asimismo, tratará la cuestión de las actividades por cuenta propia y de los empleos de calidad, sin descuidar aspectos como las condiciones de trabajo y la promoción profesional, contando con la participación de los interlocutores sociales.

¹³⁰ http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-your-country/espana/index_es.htm

Las políticas de empleo, por su parte, marcan como objetivos propios HORIZON, se prorrogó en 1994, llegó a su fin en 1999, y dio paso a la iniciativa comunitaria EQUAL. Esta nueva iniciativa, que arrancó en 2000, dio continuidad a las anteriores iniciativas EMPLEO y ADAPT, con la finalidad de promover, también en un contexto de cooperación transnacional, nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones, incluida la discapacidad y las desigualdades de toda clase en relación con el mercado laboral.

Por su parte, EQUAL, se desarrolló a través de pactos establecidos a nivel geográfico o y sectorial (que denomina agrupaciones de desarrollo), de forma que fueron los distintos Estados quienes formularon su propia estrategia, eso sí, actuando en el marco de una serie de áreas temáticas, definidas en el contexto de los cuatro pilares de la Estrategia Europea para el Empleo (mejorar la capacidad de inserción profesional, fomentar el espíritu de empresa, promover la adaptación profesional junto a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.¹³¹

Aunque formalmente estuvo vigente hasta 2006, el Fondo Social Europeo en cierta medida, sigue financiando proyectos europeos que tienen sus raíces en la experiencia de dicha iniciativa.

HORIZON, se prorrogó en 1994, llegó a su fin en 1999, y dio paso a la iniciativa comunitaria EQUAL. Esta nueva iniciativa, que arrancó en 2000, dio continuidad a las anteriores iniciativas EMPLEO y ADAPT, con la finalidad de promover, también en un contexto de cooperación transnacional, nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones, incluida la discapacidad y las desigualdades de toda clase en relación con el mercado laboral.

Por su parte, EQUAL, se desarrolló a través de pactos establecidos a nivel geográfico o y sectorial (que denomina agrupaciones de desarrollo), de forma que fueron los distintos Estados quienes formularon su propia estrategia, eso sí, actuando en el marco de una serie de áreas temáticas, definidas en el contexto de los cuatro pilares de la Estrategia Europea para el Empleo (mejorar la capacidad de inserción profesional, fomentar el espíritu de empresa, promover la adaptación profesional junto a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.¹³²

¹³¹ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros, de 14 de abril de 2000, por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo (DO N° C 127, de 5 de mayo de 2000, p. 2).

¹³² Comunicación de la Comisión a los Estados miembros, de 14 de abril de 2000, por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la

Aunque formalmente estuvo vigente hasta 2006, el Fondo Social Europeo en cierta medida, sigue financiando proyectos europeos que tienen sus raíces en la experiencia de dicha iniciativa.

HORIZON, se prorrogó en 1994, llegó a su fin en 1999, y dio paso a la iniciativa comunitaria EQUAL. Esta nueva iniciativa, que arrancó en 2000, dio continuidad a las anteriores iniciativas EMPLEO y ADAPT, con la finalidad de promover, también en un contexto de cooperación transnacional, nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones, incluida la discapacidad y las desigualdades de toda clase en relación con el mercado laboral.

Por su parte, EQUAL, se desarrolló a través de pactos establecidos a nivel geográfico o y sectorial (que denomina agrupaciones de desarrollo), de forma que fueron los distintos Estados quienes formularon su propia estrategia, eso sí, actuando en el marco de una serie de áreas temáticas, definidas en el contexto de los cuatro pilares de la Estrategia Europea para el Empleo (mejorar la capacidad de inserción profesional, fomentar el espíritu de empresa, promover la adaptación profesional junto a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.¹³³

Aunque formalmente estuvo vigente hasta 2006, el Fondo Social Europeo en cierta medida, sigue financiando proyectos europeos que tienen sus raíces en la experiencia de dicha iniciativa.

HORIZON, se prorrogó en 1994, llegó a su fin en 1999, y dio paso a la iniciativa comunitaria EQUAL. Esta nueva iniciativa, que arrancó en 2000, dio continuidad a las anteriores iniciativas EMPLEO y ADAPT, con la finalidad de promover, también en un contexto de cooperación transnacional, nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones, incluida la discapacidad y las desigualdades de toda clase en relación con el mercado laboral.

Por su parte, EQUAL, se desarrolló a través de pactos establecidos a nivel geográfico o y sectorial (que denomina agrupaciones de desarrollo), de forma que fueron los distintos Estados quienes formularon su propia estrategia, eso sí,

cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo (DO N° C 127, de 5 de mayo de 2000, p. 2).

¹³³ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros, de 14 de abril de 2000, por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo (DO N° C 127, de 5 de mayo de 2000, p. 2).

actuando en el marco de una serie de áreas temáticas, definidas en el contexto de los cuatro pilares de la Estrategia Europea para el Empleo (mejorar la capacidad de inserción profesional, fomentar el espíritu de empresa, promover la adaptación profesional junto a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.¹³⁴

HORIZON, se prorrogó en 1994, llegó a su fin en 1999, y dio paso a la iniciativa comunitaria EQUAL. Esta nueva iniciativa, que arrancó en 2000, dio continuidad a las anteriores iniciativas EMPLEO y ADAPT, con la finalidad de promover, también en un contexto de cooperación transnacional, nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones, incluida la discapacidad y las desigualdades de toda clase en relación con el mercado laboral.

Por su parte, EQUAL, se desarrolló a través de pactos establecidos a nivel geográfico o sectorial (que denomina agrupaciones de desarrollo), de forma que fueron los distintos Estados quienes formularon su propia estrategia, eso sí, actuando en el marco de una serie de áreas temáticas, definidas en el contexto de los cuatro pilares de la Estrategia Europea para el Empleo (mejorar la capacidad de inserción profesional, fomentar el espíritu de empresa, promover la adaptación profesional junto a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.¹³⁵

Aunque formalmente estuvo vigente hasta 2006, el Fondo Social Europeo es ahora desarrollado bajo los presupuestos “Next Generation” que siguen financiando proyectos europeos que tienen sus raíces en la experiencia de dicha iniciativa por el aumento de la participación en el mercado laboral de los jóvenes, los trabajadores de mayor edad, los trabajadores con bajas cualificaciones y los inmigrantes en situación de irregularidad.

Para contribuir a este fin, las políticas nacionales deberán promover sobre todo los principios de flexibilidad (pactos contractuales adaptables y fiables; alta protección social para los desempleados; políticas de formación y reinserción laboral que aseguren la adaptabilidad continua de los trabajadores) movilidad de los trabajadores, y conciliación de la vida profesional y familiar.

¹³⁴ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros, de 14 de abril de 2000, por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo (DO N° C 127, de 5 de mayo de 2000, p. 2).

¹³⁵ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros, de 14 de abril de 2000, por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo (DO N° C 127, de 5 de mayo de 2000, p. 2).

Con todo ello, se pretende también conseguir una población activa cualificada. El desarrollo de nuevas competencias adaptadas a las necesidades del mercado laboral debería permitir aumentar la productividad y la capacidad de inserción profesional de los trabajadores. Mejorar los sistemas educativos y de formación para reducir las tasas de abandono escolar. Y promover acciones contra la exclusión social y la pobreza. Por último, los Estados miembros respaldarán la economía y la innovación sociales; fomentarán la igualdad de oportunidades y la lucha contra la discriminación.

La actuación de España frente a este panorama revalorizado de las personas con discapacidad y su relación con el empleo se realizó permitiendo la asunción por el Estado español de la Estrategia Europea, se materializó en varios documentos, principalmente: La Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, y la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020¹³⁶.

Como conclusión, compartimos la referencia de Esteban Legarreta a los escasos objetivos alcanzados en la materia de la cuota de reserva de puestos de trabajo a pesar de las actuaciones inspectoras y las sanciones que se venían reiteradamente llevando a cabo. Hoy en día, podríamos refrendar este estudio, casi en su totalidad¹³⁷.

Por su parte, hablaremos más detenidamente de la Estrategia Europa 2020-2030, en su formulación hacia la promoción de la autonomía que tratamos, parte de la base de que las políticas de la Unión y los programas de reforma de los Estados deban aspirar al "crecimiento integrador" desde las distintas Estrategias aprobadas, en función de varios indicadores:

- a) El balance general de satisfacción;
- b) El balance general de insatisfacción;
- c) Los resultados obtenidos y
- d) Las propuestas de mejora continua.

En lo que respecta a la *materia de Autoempleo* de personas con discapacidad, es necesario partir de las medidas contempladas en el Capítulo VIII del Tratado

¹³⁶ Fue consecuencia del mandato contenido en la Disposición Adicional décimo segunda de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

¹³⁷Esteban Legarreta, R: " La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000). Un balance de la puesta en práctica del Acuerdo firmado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de personas minusválidas" Rev. Relaciones Laborales nº1,2001, p. 4.

de Ámsterdam que lo denomina “espíritu de empresa” que es uno de los pilares en los que se basa las actuaciones:

- El pilar I, plantea la mejora de la capacidad de inserción profesional mediante la lucha contra desempleo, en especial respecto al de larga duración y al sufrido por los jóvenes, la modernización de los sistemas de educación y formación se procederá con un seguimiento activo de los desempleados, se luchará frente al abandono escolar prematuro.
- El pilar II, desarrolla el espíritu de empresa, mediante la puesta en práctica de normas claras, estables y fiables para la creación y la gestión de empresas y la simplificación de las obligaciones administrativas para las pequeñas y medianas empresas.
- El pilar III, propone el fomentar la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas a través de la modernización organización y flexibilidad del trabajo, la elaboración contratos adaptables a distintos trabajos, apoyo de la formación dentro de las empresas, creación de puestos de trabajo viables y fomento del funcionamiento eficaz del mercado laboral.
- El pilar IV, quiere reforzar la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Para ello los estados miembros pondrán en marcha mecanismos de lucha contra las diferencias entre hombres y mujeres, se promoverá el fomento servicios de calidad para cuidado de los niños, se facilitará la reincorporación al trabajo de las mujeres.

En resumen, podemos explicar el crecimiento integrador como aquel que se lleva a cabo para construir una sociedad cohesionada y en la que se capacite a las personas para su autonomía. Junto a ello, sería necesario la previsión y gestión de las actividades económicas, Por consiguiente, las reformas aplicadas por los Estados miembros deben garantizar a todos los ciudadanos el acceso a las oportunidades en condiciones de igualdad, reduciendo así la pobreza y la exclusión social mediante la eliminación de los obstáculos a la participación en el mercado laboral.

La vulnerabilidad, es un sobre coste para colectivos determinados que luchan por la normalidad en la convivencia, así, los colectivos más vulnerables son especialmente, las mujeres, los trabajadores de mayor edad, los jóvenes, las personas con discapacidad y los migrantes en situación regular.

1.3.5. La Nueva Agenda Urbana 2030: Vivienda y Desarrollo Sostenible. Hábitat III

La Agenda es un plan de acción sobre objetivos concretos. pues se lanza como compromiso para las personas, el planeta y la prosperidad común. Busca fortalecer la paz universal en una mayor libertad. Reconocemos que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío mundial y un requisito indispensable para el desarrollo sostenible. Todos los países y todas las partes interesadas, actuando en asociación colaborativa, deben implementar este plan.

El texto de la nueva Agenda Urbana 2030, se estructura en 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS) y 169 metas para refrendar demostrar la escala y la ambición de esta nueva Agenda universal. El documento busca construir sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, completar lo que no se logró con las medidas programadas con anterioridad en el tiempo. Buscan hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y lograr la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas, especialmente las que son vulnerables por tener discapacidad.

No cabe duda de que un mundo global, configura las medidas como integrales e indivisibles para equilibrar las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, social y ambiental. Eso puede dar lugar a que, se genere compromiso para promover, según corresponda, el empleo pleno y productivo, el trabajo decente para todos y las oportunidades de subsistencia en las ciudades y los asentamientos humanos, prestando especial atención a las necesidades y posibilidades de las mujeres, los jóvenes, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas y las comunidades locales, los refugiados y los desplazados internos y los migrantes, en particular los más pobres y aquellos en situaciones de vulnerabilidad, y promover un acceso sin discriminación a las oportunidades de generación de ingresos legales. (punto 57).

Avanzando en el texto, en concreto en el 104, aparece la fuerza del compromiso para con el cumplimiento de los requisitos jurídicos. Se hace desde los marcos de gestión sólidos e inclusivos junto a las instituciones responsables que se ocupen del registro de la propiedad de la tierra y la gobernanza, aplicando sistemas de ordenación, uso de la tierra y de registro de la propiedad acompañados de sistemas financieros cabales que sean transparentes y sostenibles.

Para llevar a cabo esta gestión, será prioritario el apoyo a los gobiernos locales y los interesados pertinentes, mediante diversos mecanismos como la elaboración y utilización de información básica de inventario de tierras, como

catastros, mapas de riesgos y valoración, como registros de los precios de la tierra y la vivienda y los colectivos desglosados por nivel de ingresos, sexo, edad, raza, origen étnico, situación migratoria, discapacidad, ubicación geográfica y otras características pertinentes.

El panorama de referencia de aplicación, será el contexto nacional y los datos servirán para evaluar los cambios en el valor de la tierra, y poder determinar claramente que no han sido utilizados para formular políticas de uso de la tierra discriminatorias. Es por ello, que el documento apoya las políticas adecuadas que permitan a los gobiernos subnacionales y locales realizar algunas acciones como la de ampliar su base de ingresos potenciales, como, por ejemplo, a través de los catastros polivalentes, los impuestos locales, las tasas o los cargos por servicios, en consonancia con las políticas nacionales¹³⁸.

En el ámbito de cooperación con el tercer sector, se quiere promover el fortalecimiento de la capacidad de los gobiernos nacionales, subnacionales y locales, incluidas las asociaciones de gobiernos locales, según proceda, para trabajar con los colectivos antes mencionados añadiendo los pueblos indígenas y las comunidades locales y las personas en situaciones de vulnerabilidad, así como con la sociedad civil, los círculos académicos y las instituciones de investigación.

En el tema que nos ocupa, de la Autonomía de las personas con discapacidad, es el 155 el que anima a promoverla, con la finalidad de empoderar y fortalecer a los colectivos mencionados. Subraya la razón de los Derechos Humanos para ello y la lucha contra la discriminación, a fin de asegurar su participación efectiva en la adopción de decisiones sobre el desarrollo urbano y territorial¹³⁹.

En cuanto a la accesibilidad universal, el punto siguiente, promueve el desarrollo de políticas nacionales de tecnología de la información y las comunicaciones y de estrategias de gobierno electrónico, así como instrumentos de gobernanza digital centrados en los ciudadanos, aprovechando las innovaciones tecnológicas, incluidos los programas de desarrollo de la capacidad, a fin de poner las tecnologías de la información y las comunicaciones al alcance de todos los públicos, para que los más vulnerables puedan desarrollar

¹³⁸ Se trata de garantizar al mismo tiempo a un grupo de colectivos que no se vean afectados de forma desproporcionadamente como las mujeres, las niñas, los niños y los jóvenes, las personas de edad, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, las comunidades locales, y los hogares pobres.

¹³⁹ La finalidad no es otra que la de configurar los procesos de gobernanza institucional y de organización, para así permitir su participación eficaz en los procesos de toma de decisiones sobre el desarrollo urbano y territorial. (punto 148).

y ejercer su responsabilidad cívica, de forma que se amplíe la participación, se fomente la gobernanza responsable y se aumente la eficiencia¹⁴⁰.

Se proclama, seguidamente, el apoyo a la ciencia, la investigación y la innovación, en particular prestando especial atención a la innovación social, tecnológica, digital y basada en la naturaleza, las interfaces científico-normativas sólidas en relación con la planificación urbana y territorial y la formulación de políticas y mecanismos institucionalizados para compartir e intercambiar información, conocimientos y experiencias, incluidos la recopilación, el análisis, la normalización y la difusión de datos de carácter geográfico, obtenidos en las comunidades, de alta calidad, oportunos y fiables, desglosados por ingresos, sexo, edad, raza, origen étnico, situación migratoria, discapacidad, ubicación geográfica y otras características pertinentes en los contextos nacionales, subnacionales y locales.

El documento, por tanto, hace referencia a las personas con discapacidad, junto a otros grupos que denomina como vulnerables. Así, en el punto 20, reconoce la necesidad de hacer especial hincapié en poner fin a las múltiples formas de discriminación a que se enfrentan, entre otros, las mujeres y las niñas, los niños y los jóvenes, las personas con discapacidad, las personas que viven con el VIH, las personas de edad, los pueblos indígenas y las comunidades locales, los habitantes de barrios marginales y asentamientos informales, las personas sin hogar, los trabajadores, los pequeños agricultores y pescadores, los refugiados, los repatriados, los desplazados internos y los migrantes, independientemente de su situación migratoria.

El compromiso destaca sobre el acatamiento de la agenda por medio de las salvaguardas a través de las políticas en materia de viviendas a todos los niveles de las AA.PP. ya que ello conlleva el elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, que luchen contra todas las formas de discriminación y violencia e impidan los desalojos forzosos arbitrarios¹⁴¹.

¹⁴⁰ Se fomentará, igualmente, el uso de plataformas e instrumentos digitales, incluidos los sistemas de información geoespacial, a fin de mejorar a largo plazo la planificación y el diseño integrados de las áreas urbanas y los territorios, la administración y ordenación de la tierra y el acceso a los servicios urbanos y metropolitanos.

¹⁴¹ Art. 31. El centro, son las necesidades de las personas sin hogar, las personas en situaciones vulnerables, los grupos de bajos ingresos y las personas con discapacidad, y propicien al mismo tiempo la participación y colaboración de las comunidades y los interesados pertinentes en la planificación y aplicación de esas políticas, entre otras cosas, apoyando la producción social del hábitat, de conformidad con la legislación y las normas nacionales.

En los siguientes puntos, por un lado, se eleva el compromiso a promover el acceso equitativo y asequible a la infraestructura física y social básica sostenible para todos. A este respecto, proclaman la eliminación de barreras jurídicas, institucionales, socioeconómicas y físicas. Por otro lado, ello conllevará la promoción de la autonomía en los espacios públicos, el transporte público, la vivienda, la educación y los servicios de salud, la información pública y las comunicaciones tecnológicas, así como a otros servicios e instalaciones abiertos o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

El apoyo a los gobiernos para el cumplimiento de su función clave en el fortalecimiento de la interfaz entre todos los interesados pertinentes, ofreciendo oportunidades de diálogo, incluso mediante enfoques que tengan en cuenta la edad y el género, prestando especial atención a las posibles contribuciones de todos los segmentos de la sociedad,

Los datos del informe, que referencia la Agenda, datan de 2019¹⁴² y exponen, con relación a la discapacidad y a los grupos vulnerables, que el alcance de la cobertura de protección social planteada depende del tipo de sistema de protección de cada Estado y de cada región. El informe muestra que, si bien se han logrado avances en algunas áreas, todavía existen enormes desafíos. Las evidencias y los datos destacan las áreas que requieren atención urgente y un progreso más rápido para lograr la visión final de la Agenda 2030¹⁴³.

Se evidencia un déficit a nivel mundial de la protección social para otros grupos: sólo el 22% de los desempleados reciben prestaciones por desempleo, además, las prestaciones de asistencia social en efectivo cubren tan sólo al 25% para los grupos vulnerables, es decir que los niños, las personas en edad de trabajar y las personas de edad, no están protegidos por los regímenes contributivos.

En definitiva, la cobertura de protección social en estos colectivos presenta algunas brechas dificultando la implementación de alguno o muchos de los compromisos adquiridos como ODS cuando hablamos de personas con discapacidad.

¹⁴²https://unstats.un.org/sdgs/report/2019/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2019_Spanish.pdf

¹⁴³ Realizando un análisis a nivel mundial, se tiene la referencia de que el 68% de las personas mayores a la edad de jubilación, reciben una pensión, pero las prestaciones en muchos países a menudo no son suficientes para permitir que estas personas escapen de la pobreza.

El Foro Político de Alto Nivel sobre desarrollo sostenible (en adelante FPAN) es la plataforma central de las Naciones Unidas para el seguimiento y la revisión de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y sus 17 ODS.

Especial mención merece el tema, sobre "Recuperación sostenible y resiliente de la pandemia COVID-19 que promueva las dimensiones económica, social y ambiental del desarrollo sostenible: construyendo un camino inclusivo y eficaz para el logro de la Agenda 2030 en el contexto de la década de acción y entrega para el desarrollo sostenible".

Si algo ha puesto de manifiesto la pandemia nos muestra la enseñanza de nuestra vulnerabilidad, la imposibilidad de protegernos perfectamente mediante la predicción y el control¹⁴⁴.

Podemos decir que el Foro también considerará la naturaleza integrada, indivisible e interrelacionada de los ODS. Para ello, el Objetivo principal en la materia pandémica, supondrá que los Estados participantes, puedan explorar varios aspectos de la respuesta a las mismas de forma coordinada con la OMS, dotando las diversas medidas y tipos de cooperación internacional que pongan al mundo de nuevo en el camino correcto para alcanzar los ODS para 2030, dentro de la década de acción y cumplimiento para el desarrollo sostenible¹⁴⁵.

Las Revisiones Nacionales Voluntarias (en adelante RNV), tienen como objetivo facilitar el intercambio de experiencias, incluidos los éxitos, los desafíos y las lecciones aprendidas, con miras a acelerar la implementación de la Agenda 2030. Junto a ello, tratan de fortalecer las políticas e instituciones de los gobiernos y movilizar el apoyo de múltiples partes interesadas y las asociaciones para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible¹⁴⁶.

Como se estipula en el párrafo 84 de la Agenda 2030, las revisiones periódicas deben ser voluntarias, dirigidas por el estado, llevadas a cabo tanto por países desarrollados como en desarrollo, e involucrar a múltiples partes

¹⁴⁴ Marcos, A: "Con COVID y sin COVID: La vulnerabilidad Humana. Cuadernos de Bioética.2020 31(102)Pp139-149

¹⁴⁵ Los países, también llevarán a cabo revisiones nacionales voluntarias de su implementación de la Agenda 2030 en el HLPF de 2021. Revisiones Nacionales Voluntarias

¹⁴⁶ Se espera que los países VNR presenten informes completos por escrito que estarán disponibles en la base de datos VNR. Además, cada país también proporcionará mensajes principales que resuman sus hallazgos clave. Estos mensajes principales también se publican en la base de datos VNR.

interesadas. Los documentos e informes presentados por los Estados, están disponibles en sitio web¹⁴⁷.

Finalmente, existe un documento de reflexión elaborado por 24 países dentro del Consejo Europeo, que se plantea como horizonte el desarrollo de las siguientes metas ellos mismos determinan que “no van a ser tranquilizadores para la Unión Europea ni sus ciudadanos, debido a la crisis económica globalizada”¹⁴⁸. Lo que se pretende, es tiene que reaccionar ya, definir estrategias de reformas para el horizonte de los próximos 20 años, aunar fuerzas, movilizar recursos y pasar a la acción.

En definitiva, se hace imprescindible superar el análisis desde la introspección hacia la mirada exterior, hacia una nueva realidad global. Para ello, consideramos que se hace necesario:

- Desarrollar de una vez por todas, una gobernanza económica viable, corrigiendo las pérdidas de competitividad que reflejan los desequilibrios en balanzas de pagos y por cuenta corriente.

- Para el horizonte 2020-2030, continúa el informe, los europeos necesitamos una economía social de mercado altamente competitiva y sostenible, si queremos mantener la cohesión social y luchar contra el cambio climático¹⁴⁹.

- Hay que mejorar el capital humano, como la variable estratégica clave para insertarse con éxito en la economía global. El retraso acumulado respecto de los competidores es grave y debemos recuperarlo coordinadamente: los Estados Miembros movilizarán los recursos que se comprometan en I+D+I, en un esfuerzo que implique al capital privado, y deberán reformar el sistema educativo en todos sus niveles, incluyendo la formación profesional; la Unión, por su lado, debe actuar con sus instrumentos presupuestarios propios revisados y apoyarse en el Banco Europeo de Inversiones y el Fondo Europeo de Inversiones.

¹⁴⁷ Se han colocado en la plataforma tal como se recibieron de esos Estados. Las designaciones empleadas no implican la expresión de opinión alguna por parte de la Secretaría de las Naciones Unidas sobre la condición jurídica de ningún país, territorio o zona, ni de sus autoridades, ni sobre sus fronteras o límites. <https://sustainabledevelopment.un.org/vnrs/>

¹⁴⁸ <https://www.consilium.europa.eu/media/30761/qc3210249esc.pdf>

¹⁴⁹ Esto exige un programa ambicioso, con prioridades y método eficiente de aplicación, que supere la inoperancia del Método Abierto de Cooperación y comprometa tanto a la Unión como tal, como a sus Estados miembros. Asumimos que la Estrategia 2020 presentada por la Comisión forma parte de este gran esfuerzo a realizar por la Unión. Así, debemos abordar las reformas estructurales pendientes desde la Agenda de Lisboa y cambiar el método de aplicación de la estrategia que se decida, mediante un sistema de estímulos que obligue a todos a cumplir los objetivos que se marquen por el Consejo Europeo y las Instituciones de la Unión.

No cabe duda de que para alcanzar todos estos objetivos el Consejo Europeo y el Eurogrupo, tienen que reforzar su papel de liderazgo para conseguir las metas propuestas, en coordinación con la Comisión y en sintonía con el Parlamento Europeo¹⁵⁰.

En conclusión, y en lo referente al colectivo de discapacidad, la promoción de su autonomía debería haber sido mencionada en este informe o, al menos dentro del grupo de los colectivos vulnerables con más énfasis, sin embargo, esta ausencia, no la tomamos como exclusión sino como motivación del proyecto de mejora y crecimiento de toda la sociedad mundial.

Consideramos, en este punto, que la inclusión de la diversidad no debe ser parte de las flaquezas del Sistema del Estado del Bienestar en los países, sino al contrario, debe ser una fortaleza para garantizar el equilibrio en las estructuras de cualquier país.

Por lo tanto, podemos concluir que hay que poner en marcha una política común –interna y externa– en materia energética: con planes de ahorro y eficiencia en el consumo, del tipo de los previstos en la Estrategia Europa2020¹⁵¹.

En España existe un plan para la implementación de la Agenda 2030¹⁵² junto con la existencia del renombrado Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. En su adopción al acuerdo, destaca el cumplimiento de la CE, los Programas Plurianuales, la lucha contra la precariedad laboral fruto de los acuerdos con las organizaciones patronales y de trabajadores, incrementando el número de personas afiliadas a la Seguridad Social y la inclusión laboral del colectivo.

¹⁵⁰ En materia demográfica y su imbricación junto a con otros indicadores en el Estado del Bienestar, continúa diciendo el informe que hay que enfrentar nuestro reto demográfico, que nos planteará problemas de competitividad y de sostenibilidad del estado de bienestar. Resulta imprescindible para competir en la economía global y mantener nuestra sanidad y nuestras pensiones. Es necesario incorporar a más mujeres a la población activa ocupada, haciendo compatible trabajo y natalidad; estimular la prolongación de la vida activa y considerar la jubilación como un derecho; y tratar la emigración conforme a nuestras necesidades demográficas y productivas.

¹⁵¹ Los Estados Miembros, movilizarán los recursos que se comprometan en I+D+i, en un esfuerzo que implique al capital privado, y deberán reformar el sistema educativo en todos sus niveles, incluyendo la formación profesional; la Unión, por su lado, debe actuar con sus instrumentos presupuestarios propios revisados y apoyarse en el Banco Europeo de Inversiones y el Fondo Europeo de Inversiones.

¹⁵² <https://transparencia.gob.es/>

El reto de la accesibilidad, también, con la salvaguarda de que cada vez son más las ciudades que trabajan en la adaptación de sus infraestructuras y servicios a las personas con discapacidad como inclusión en la comunidad.

Se hace referencia, igualmente, a la nueva catalogación de los delitos de odio apreciando la segunda victimización de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo en sus relaciones con la administración de justicia. Para ello , la formación e información de los agentes jurídicos y el acceso a la justicia se fortalecen al hablar de la obligada accesibilidad cognitiva en este ámbito.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Una de las características dominantes de la jurisprudencia del siglo XX ha sido el reconocimiento del derecho como herramienta de cambio y desarrollo de las personas y de los sistemas. En lo referente a la discapacidad, podemos ver, por un lado, los rasgos característicos de la concepción moderna de la misma y, por otro como efecto inducido, el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, y que ha evolucionado de forma relevante recientemente.

Se van a poner de relieves la escasa jurisprudencia que, por ahora, se ha producido en el ámbito europeo. La finalidad, es llevar a cabo un análisis sobre la evolución de la promoción de la autonomía como derecho a la vida independiente. Tras ese reconocimiento, los derechos avanzan en su protección y defensa mediante la ampliación de su cobertura, que, a modo de abanico, se despliegan llegando a considerar que la falta de dotación de Asistencia Personal supone una vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar.

La evolución, se va plasmando en el incumplimiento de más artículos de la Convención cuando hablamos de promoción de autonomía.

Sin duda, a los Tribunales en general, le corresponde la difícil tarea de la aplicación del derecho en el caso concreto a enjuiciar y, a nivel internacional, al TJUE defender los derechos de los colectivos mencionados. Esta labor, alcanza su máximo potencial cuando hablamos de la promoción de la Autonomía de las personas con discapacidad y más aún de las que tienen dependencia. Por todo ello, lo que debemos tener claro es que la promoción de los derechos no es algo neutral sino que se debe promover una defensa de forma coordinada en Europa como condición necesaria para avanzar hacia un derecho inclusivo y más justo en su distribución, proporcionando un alcance de aplicación en igualdad de oportunidades de manera visible para todos los Estados y sus poblaciones.

Como reconoce la Organización de Naciones Unidas, *“los datos sobre discapacidad siguen siendo un problema para el seguimiento mundial, ya que todavía no se pueden obtener fácilmente cifras globales sobre las personas con discapacidad y los datos de referencia para muchas cuestiones de desarrollo son escasos o inexistentes”*¹⁵³.

¹⁵³ Cfr. Asamblea General, Naciones Unidas, Para cumplir la promesa: realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad hasta 2015 y después de esa fecha. Informe del Secretario General, 26 de julio de 2010, A/65/150, parr. 82. Este informe recoge igualmente las medidas que, para superar ese problema, se están adoptando tanto a nivel regional como nacional. Vid. párrs. 85 y ss.

Consideramos que la coordinación interpretativa de los justiciables, deben ser, al menos, las siguientes:

- Sentar las bases que generen expectativas de desarrollo de los derechos del colectivo,
- Comprometer en su promoción a las políticas de los Estados miembros,
- Ejercitar su defensa por parte de los operadores jurídicos, de manera que la elección de la interpretación sea la que provea de mecanismos de Autonomía personal y de protección social hacia la vida independiente, tanto de las personas con discapacidad y como también de las que tienen dependencia.

- Dotar al Sistema de una amplia y transversal de disponibilidad ejecutoria como condición necesaria para avanzar hacia un derecho inclusivo, mediante políticas públicas orientadas hacia la promoción y el desarrollo de los derechos.

Todas estas referencias, pensamos que se traducen en prestaciones y servicios que son importantes para evitar la exclusión ya que, en caso contrario, se puede tener el efecto de provocar la marginación y las desigualdades cuando no están diseñadas para todos de manera visible de cara a alcanzar su potencial en la promoción de la autonomía del colectivo.

Todo ello, requiere de un diseño, un uso y una difusión en un contexto trasnacional que haga de la interpretación de los derechos su defensa internacional. Así, pensamos que se podrá ir generando, la inclusión del colectivo desde la creación de lo que podemos denominar pasarelas de capacidades y expectativas, que generen, como desafíos públicos: la disponibilidad, la asequibilidad, la accesibilidad y las habilidades, tanto en los derechos como en las capacidades.

El Tribunal Constitucional ya recordaba que *“al intérprete corresponde la ardua tarea de armonizar del modo más coherente posible esas magnitudes heterogéneas. Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten. De este modo, hemos de conjugar los diversos mandatos normativos procurando el resultado más acorde a las premisas constitucionales”*¹⁵⁴.

Gran parte de esa labor de tratamiento jurídico internacional de las personas con discapacidad es la que lleva a cabo el TJUE. siendo destacable, entre otras cuestiones, las referidas al concepto de discapacidad, al concepto de discriminación, al reconocimiento de un nuevo concepto de ciudadanía de la UE,

¹⁵⁴STC, Constitucional 6 de julio de 2006 (ROJ: STC 222/2006).

a la referencia de los ajustes razonables y al concepto de la Asistencia Personal que es el que más desarrollaremos en esta tesis y que a nivel europeo se ha configurado bajo el paraguas de la libertad de circulación, de residencia y del derecho a la vida independiente como sentido transnacional o multilateral del derecho, en cuanto sea necesario¹⁵⁵.

Si bien la edad ha sido el eje de protección sobre el que ha girado principalmente la jurisprudencia a propósito de la Directiva 2000/78/CE, en los últimos años ha adquirido fuerza otra causa de discriminación que avanza la importancia que adquirirá en las épocas venideras. Se trata de la discapacidad como causa de discriminación de los trabajadores.

Como es lógico, la determinación de su significado y de su alcance ocupó las primeras sentencias del Tribunal en la materia. Pero en la actualidad, dichas sentencias avanzan hacia la delimitación de la discapacidad. No se trata de establecer límites exclusivamente, sino más bien de lo contrario: ofrecer un concepto amplio de discapacidad que permita incluir en ella situaciones como, por ejemplo, ha ocurrido con otras enfermedades como la obesidad. En otras ocasiones, como se ha visto, se hace necesario la intervención interpretativa por parte del juzgador. Así, sucede, por ejemplo, sobre el propio concepto de discapacidad.

Como se ha visto anteriormente, uno de los textos de referencia en nuestra materia ha sido la Directiva 2000/78/CE. Pero este texto no define el concepto de “discapacidad” ni establece el de limitación “duradera” de la capacidad de la persona con arreglo a dichos conceptos, lo que en la práctica, ha generado problemas de interpretación.

En el Caso de la Sra. “Coleman”(Reino Unido), es en donde empieza todo, de produce el gran cambio, en la materia de política social de la Directiva 2000/78/CE, en lo referente a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación . Lo que se propugna es la existencia de discriminación directa por motivo de discapacidad y el acoso relacionado con la misma.

Es el caso del despido de una trabajadora que no es una persona con discapacidad, pero cuyo hijo sí lo es, estableciéndose la discriminación directa por la Directiva y la de la inclusión de la carga de la prueba con arreglo al Derecho del Reino Unido pues cuando se celebra una vista preliminar sobre una cuestión

¹⁵⁵Sobre la interpretación unificada del derecho de la UE, ver en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, EU:C:1984:11, apartado 11, y de 16 de junio de 2016, Pebros Servizi, C-511/14, EU:C:2016:448, apartado 36.

de Derecho, el tribunal que conoce del asunto presume que los hechos se han producido del modo en que los relata la parte demandante¹⁵⁶.

La carga de la prueba recae en los demandados en el litigio principal, quienes habrán de demostrar que no hubo violación de dicho principio (par.54)

La dimisión obligada por exceso de plantilla que le hizo firmar el empresario supuso el reconocimiento posterior de un despido encubierto, directamente relacionado por la discapacidad de su hijo al que debía asistir por cuidados específicos pues la obligación de tomar esa decisión se produjo tras el permiso de maternidad y la reducción de jornada solicitada al igual que otros compañeros. Por lo tanto hay una evidente prueba de que no había igualdad de trato en este caso no porque tenga la consideración de persona con discapacidad sino – y aquí está el gran cambio- porque la situación se produce por su condición de madre de un hijo con discapacidad (par. 41 y 42). La discriminación es directa, continúa la sentencia, cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra de la Directiva.

En conclusión, la discriminación por discapacidad deviene a modo de vasos comunicantes no sólo cuando lo sea en primera persona, sino cuando se evidencia desigualdad de trato por la discapacidad de un hijo de la trabajadora. Aquí, se amplía la intencionalidad del acoso cuando recae de manera indirecta en el horario de la trabajadora por causa de los cuidados de su hijo. Entiende la sentencia que este es el criterio para interpretar la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3

En este sentido mencionar brevemente el gran avance que se ha producido en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo que en Sentencia 1.335/2022 de 20/10/2022, resolvió en casación sobre el derecho a un 50% del tiempo, con mantenimiento de las retribuciones, para proceder al cuidado de su hija menor, aquejada de una grave enfermedad, que se declara conforme a los avances que la materia ha tenido afortunadamente en nuestra jurisprudencia..

Otro de los conceptos que ha tenido que desarrollar la jurisprudencia internacional, ha sido el de “a largo plazo” cuando habla de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales.

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008.

Para que se perfilen los conceptos indeterminados, surge y se fundamenta la petición para una interpretación de las cuestiones antes de entrar en el juicio principal, y que son llamadas por ello, cuestiones prejudiciales.

El TC y el TJUE, cada uno en su ámbito competencial, solucionan las diferentes cuestiones prejudiciales que se le plantean por los tribunales del país en el primer caso y de los Estados miembros en el ámbito europeo¹⁵⁷.

Así, podemos decir que han existido interpretaciones anteriores a la Convención y posteriores a ella de tal manera que se pueda vislumbrar el modo de evolución en el planteamiento jurisdiccional de la materia¹⁵⁸.

Hasta la sentencia Ring, Asunto C-335/11 (TJUE 2013 11 de abril), en donde el concepto de discapacidad ha ido evolucionando, vamos a referenciar en este trabajo, por un lado, algunas sentencias que han marcado un cambio de expectativas más allá del derecho interno. Por otro lado, algunas sentencias que contienen consideraciones fundamentales relacionadas con los términos "enfermedad", al equipararse a la enfermedad prolongada o a la "minusvalía"; por otro, la referencia será al concepto de "largo plazo" en las deficiencias que impidan la participación plena y efectiva en el ámbito social y laboral; o al concepto de ajustes razonables; también al concepto de residencia habitual para la obtención de prestaciones sociales; junto a la nueva concepción de ciudadanía europea en función de lo establecido en el TFUE para determinar, finalmente, qué debemos entender por vida independiente y libertad de circulación en el territorio europeo. Así:

A) En el primer caso destacan sentencias que han tenido una gran repercusión mediática podemos considerar que las sentencias del TJUE suponen cambios muy significativos en el orden jurídico nacional. En este sentido, pone el énfasis en "la necesidad de los jueces cuando van a apartarse de la jurisprudencia nacional prefieren contar con el aval del TJUE". También califica esta tendencia como un "activismo creativo del Derecho" que conlleva "la convivencia entre el antiguo sistema concentrado de última palabra de Tribunal Supremo, y uno más

¹⁵⁷ Por lo tanto, es lícito pensar que la vía europea de la justicia puede suponer un alcance mayor de las propias normas internas de los Estados y cuya mejora social, se quiere hacer incuestionable, por medio del planteamiento de las cuestiones prejudiciales y sus pronunciamientos favorables. Se accede por particulares a la justicia europea consagrada en los textos internacionales.

¹⁵⁸ Se va a realizar un recorrido por varias sentencias desde la sentencia Chacón Navas, Asunto C-13/05 (TJCE 2006:192).

difuso y plural donde los niveles inferiores de la jurisdicción adquieren mayor protagonismo"¹⁵⁹.

Por otro lado, otra de las conclusiones del trabajo es que, con la interposición de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, los jueces nacionales realizan "una crítica a leyes de austeridad que han supuesto determinados excesos en favor de los más fuertes creando una jurisprudencia socialmente alternativa". Podemos interpretar una cierta ambigüedad en el caso de los pronunciamientos del Tribunal europeo en cuanto deja un amplio margen a la creación interpretativa a nivel nacional, lo que puede suponer una inseguridad jurídica respecto a temas de gran importancia para los ciudadanos y los Estados.

En cuanto a la delimitación del contenido por nuestra parte, el Tribunal Supremo cumple con lo establecido en la jurisprudencia comunitaria, al interpretarla cuando existe vaguedad jurídica, aprovechando esa ambigüedad característica de las resoluciones del TJUE para hacerlo de la manera más restrictiva en sus sentencias, cuando ello fuere la mejor solución de seguridad jurídica interna del Estado.

En el artículo 267 del TFU¹⁶⁰, se recoge la figura de las cuestiones prejudiciales y se determina que será competente para el TJUE para pronunciarse sobre varias cuestiones:

- i) Sobre la interpretación de los Tratados con carácter prejudicial;
- ii) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la UE.

Los órganos que pueden elevar la cuestión vienen determinados en el mismo artículo, al establecer una obligatoriedad y una potestad. Así los Juzgados de lo Social, los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, como órganos de la jurisdicción social, ante los que cabe interponer recurso ulterior, se posicionan frente a sus resoluciones y pueden elevar cuestiones prejudiciales, pero no están obligados a ello¹⁶¹.

Según el derecho procesal laboral español, tienen la obligación de elevar una cuestión prejudicial al TJUE cuando tengan dudas sobre la validez o

¹⁵⁹ Molina Navarrete, C. "La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de "última palabra"?: Experiencias de tutela del contratante débil", Diario La Ley nº 9008, 2017.

¹⁶⁰ Antiguo artículo 234 TCE

¹⁶¹ Según el derecho procesal laboral español

interpretación del Derecho de la UE para el caso enjuiciado (artículo 267 del TJUE en su párrafo tercero) ¹⁶².

B) En el segundo caso desde los órganos judiciales españoles, se han planteado cuatro cuestiones prejudiciales de las tres que abordan frontalmente el concepto de “discapacidad”, como son: Las referentes a los asuntos: “Chacón Navas”, “Daoudi” y la reciente “DW Nobel”. En alguna de las sentencias anteriores del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión, se plantea la discapacidad como concepto que surgió ligado a la edad como causa de diferencia de trato. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012 (TJCE 2012, 372) Sentencia Odar¹⁶³.

En este asunto, se consideró un supuesto de discriminación indirecta el sistema de cálculo de la indemnización correspondiente a los trabajadores mayores de 54 años que eran despedidos por causas económicas. Dicho importe se calculaba en atención a la fecha más temprana posible de jubilación, en lugar de atender a la antigüedad del trabajador en la empresa, como preveía el método de cálculo general. De este modo, la indemnización abonada a los trabajadores que padecían una grave discapacidad (que podrían jubilarse a los 60 años) era inferior a la indemnización que resultaba de aplicar ese método general (jubilación a los 63 años), aunque era al menos igual a la mitad de esta última, y que tomaba en consideración, cuando se aplicaba ese otro método de cálculo, la posibilidad de obtener una pensión de jubilación anticipada por razón de una discapacidad.

Un año más tarde, la sentencia de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013, 122), HK Danmark (Ring) estableció cómo debe ser interpretado el concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78/CE, recurriendo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la materia¹⁶⁴ y matiza “en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que,

¹⁶² Lo que para algunos autores¹⁰ vendría a demostrar su naturaleza administrativa que jurisdiccional Illescas Ortiz,R_ «Derecho de competencia: la competencia leal», en Jiménez Sánchez, G.J. Derecho Mercantil, vol. 1, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 699 a 708; Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, El Juez nacional como Juez Comunitario, Civitas, Madrid, 1993, pp. 80-82 y Sosa Wagner,F., Jurisdicciones administrativas, Sevilla, 1977, pp. 102 y ss.

¹⁶³Johann Odar contra Baxter Deutschland GmbH, Asunto C-152/11 (ECLI:EU:C:2012:772).

¹⁶⁴Caso HK Danmark, en nombre de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) (TJCE 2013, 122) y HK Danmark, en nombre de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening en nombre de Pro Display A/S (C-337/11) (ECLI:EU:C:2013:222).

al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”.

En el asunto HK Danmark, se vino a determinar que la naturaleza de las medidas que el empleador debe adoptar no es determinante para considerar que una persona padezca discapacidad.

Por ello, es esencial que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE se interprete en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste necesario al que se refiere dicho artículo. Corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador.

En otro sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 2014 ¹⁶⁵FOA (Kaltoft), amparó al trabajador obeso que había sido despedido de la escuela infantil danesa en la que trabajaba debido a su sobrepeso. El supuesto de hecho resuelto por dicha sentencia obligó a plantearse al Tribunal si la obesidad de un trabajador puede llegar a ser considerada como causa de discapacidad de este y, de ser así, en qué motivos y bajo qué circunstancias surge la protección que debe ofrecer. Para una asimilación del concepto de la discapacidad referida a la situación de salud de un trabajador, En palabras de la sentencia: “si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional”.

Podemos decir que, en este sentido de ampliación, el Tribunal ofreció relevantes criterios para la interpretación de la naturaleza y del alcance de la discapacidad como causa de discriminación, afectando negativamente a su autonomía personal y profesional.

La jurisprudencia europea, ha ido perfilando su valor jurisdiccional frente a la actuación meramente administrativa, posicionándose en contra de la mayor parte de la doctrina consolidada¹⁶⁶.

¹⁶⁵ (TJCE 2014, 367. P 66)

¹⁶⁶ Alonso García, R «La noción de órgano jurisdiccional a los efectos de activar la cuestión prejudicial», en Fernández Liesa, C.R.; Moreiro González, C.J.; Eduardo Menéndez Rexach, E(dirs.), Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, CGPJ, Madrid, 2011, pp. 147-166; Julio Banacloche Palao, J. «Los Tribunales Económico-Administrativos», Impuestos. Revista de doctrina. Legislación y Jurisprudencia, 2001-2, pp. 1-8; Cienfuegos Mateo, M «La noción de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex art. 234 del tratado CE y su necesaria revisión»,

La STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto Fag og Arbejde (FOA)¹⁶⁷ y Kommunernes Landsforening (KL) supone el giro al modelo social de la discapacidad y literalmente la concibe como *“limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”*.

Es necesario percibir cómo el concepto de discapacidad no es unánime en la UE, pues incluso el tratamiento económico de la misma ha estado afectado en sus orígenes por dos cuestiones preferentemente:

- Por un lado, el tratamiento de la discapacidad en su concebir social,
- Por otro lado, la atribución de competencias a los Estados Miembros desde la concepción de la Unión Europea.

Para entender la exposición desde una perspectiva europeísta, antes de analizar el caso per se, es necesario destacar cómo desde sus orígenes hasta tiempos recientes, el tratamiento de la discapacidad ha respondido a un modelo asistencialista. Se partía de un concepto que definía la discapacidad como una *“desviación de la normalidad”*, a partir del cual se intentaba asistir a la persona para reducir sus limitaciones. Pero en raras ocasiones se les reconocían unos derechos propios¹⁶⁸.

En relación con el caso referenciado ut supra, el TJUE considera que la obesidad debe reunir las siguientes *“características”* para equipararla a la discapacidad:

- a) Que exista un grado de obesidad que per se pueda ser indicio de un trato peyorativo, al interactuar con diversas barreras, y de impedir la participación plena y efectiva de quien la sufre en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (parag. 59), con independencia de la causa que haya motivado la misma (parag. 56), sin

Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, núm. 238, 2005, pp. 3-26; Eduardo García De Enterría, E.: «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio Analítico de los recursos» en Eduardo García De Enterría, E., González Campos, J.D. y Muñoz Machado, S.: Tratado de Derecho Comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español, tomo I, Civitas, Madrid, 1986, p. 707; Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, D.: El Juez nacional como Juez Comunitario, Civitas, Madrid, 1993, pp. 80-82; José Eugenio Soriano García, J.E: «El efecto directo de las Directivas: posiciones iniciales de nuestra jurisprudencia», Noticias CEE, núm. 52, 1989.

¹⁶⁷ C-354/13

¹⁶⁸ Biel Portero, I., *“Los derechos humanos de las personas con discapacidad”*, Edit. Tirant. Valencia, 2011, pp. 241-244

que sea discapacitante en sí la propia obesidad por grave que ésta sea (p. 58).

- b) Que la obesidad limite o impida la realización de las tareas propias de la profesión, con independencia o no de que se apliquen ajustes razonables (p. 57), como consecuencia de la movilidad reducida o la concurrencia de patologías limitantes o impeditivas del ejercicio de la actividad profesional (p. 60).
- c) Que la obesidad sea de larga duración, entendiéndose por tal de carácter permanente, aunque no sea definitiva.
- d) El tribunal o juzgador al que se someta la cuestión deberá comprobar tanto la permanencia de la dolencia o limitación excluyente como la existencia de las barreras que pudieran interferir sobre la plena inclusión laboral de la persona hipotéticamente discriminada (parag. 62), conforme a la regla de la “flexibilización” de la carga de la prueba (parag. 63).

Podemos afirmar, en definitiva, que varios son los aspectos relevantes de esta configuración jurídica:

- a) Que la noción de discapacidad es aplicable no sólo a quienes por causa de dicha limitación se ven completamente imposibilitados para el ejercicio de una actividad profesional, sino también a quienes sufren una dificultad para dicho ejercicio y, por ello, sufren restricciones para acceder a un empleo o para ejercerlo.
- b) Que la discapacidad, como causa de discriminación protegida por la Directiva 2000/78/CE, es independiente del comportamiento de quien la sufre. Así pues, merece la protección ofrecida por la Directiva a la persona que, aun con su conducta o comportamiento, haya podido contribuir, agravar, o incluso causar, la discapacidad que sufre. (apartado 77) y
- c) Que la Directiva 2000/78/CE protege cualquier discapacidad, con independencia de las causas que la motiven.

Es por ello por lo que, como sucedió en este caso, la obesidad no se considera, en sí misma, una causa de discapacidad a efectos de la Directiva; pero si los efectos que produce sobre el trabajador dan lugar a una discapacidad, la obesidad, como causante de una discapacidad, que merece la protección de aquella.

Otro punto de vista, se pone de manifiesto¹⁶⁹, y que se plantea sobre el tema del alcance de los ajustes razonables realizados por el empleador: *“Este circunstancia nos lleva a sugerir la oportunidad de que al resolver el asunto el Tribunal de Kolding tenga en cuenta si el apoyo económico ofrecido por las autoridades danesas para que el Sr. Kaltoft realizará cursos y actividades de adelgazamiento forma parte de la orientación que ha dado la Administración danesa a las políticas de intervención sobre la discapacidad, de un ajuste razonable que ha desarrollado el empleador (en ese caso público) que le puede llegar a suponer una carga excesiva, o se trata de un mero tratamiento rehabilitador de la enfermedad”*.

En nuestra jurisprudencia, la incidencia de la discriminación por discapacidad en la relación de trabajo suele estar centrada en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo. El TS, ha tenido ocasión de unificar doctrina en diversas ocasiones sobre el contrato de trabajo basada en la enfermedad del trabajador. En el sentido de considerarlo improcedente, pero no nulo, como causa de la extinción.

En todas estas sentencias, al alto tribunal ha querido diferenciar entre la “discapacidad”, como factor discriminatorio, y la “enfermedad”, en el sentido de “excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos”. Señala igualmente, que son escasas las ocasiones en las que el legislador menciona expresamente el término enfermedad y en ninguna de estas se ofrece un significado exacto de ella, más allá de una “alteración de la salud”¹⁷⁰.

Para fundamentar su posición, el TS insistió en que la Directiva empleó el término “discapacidad”, precisamente con ánimo de diferenciarlo de la enfermedad, y citó reiteradamente la sentencia Chacón Navas, Asunto C-13/05 (TJCE 2006, 192), para afianzar la exclusión de la enfermedad como motivo que venga a añadirse a los protegidos por la Directiva, pues esta es la que carece de cualquier indicación que proteja a los trabajadores de un trato discriminatorio por motivos de discapacidad en el caso de que aparezca cualquier enfermedad.

Al limitar la Sentencia del caso Chacón Navas la protección exclusivamente a la discapacidad y excluir a la enfermedad, se temió cierto

¹⁶⁹Pelayo Olmedo, J.D., Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación: la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune, Revista General de Derecho Europeo, nº. 37, 2015, p.17.

¹⁷⁰En este sentido, Fernández Docampo, M.B. “La salud del trabajador como causa de discriminación”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº. 162, 2014.

retroceso en relación con las nuevas causas de discriminación que, afortunadamente, no se ha visto confirmada en las sentencias posteriores¹⁷¹.

Entre otras, y en unificación de doctrina, citamos las sentencias del TS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 1183); 22 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5533); 25 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7749); y 3 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2152) . En esta última sentencia, reitera tras un análisis de las sentencias Chacón Navas, Asunto C-13/05 (TJCE 2006, 192) y H HK Danmark (Ring) (TJCE 2013, 122), en este asunto se denegó la protección por discapacidad a un trabajador despedido tras permanecer diez días de baja. Pese a que la empresa alegó el bajo rendimiento del trabajador como causa ficticia de despido y pese a que la Sala reconoció que la causa real fue la enfermedad del trabajador, no apreció la existencia de discriminación porque la corta duración de la enfermedad impidió que constituyese un elemento de segregación o de estigmatización de la persona enferma. En este caso, el TJUE operó un cambio de paradigma: el concepto comunitario de discapacidad se amoldó expresamente al de la Convención. No obstante, hay una diferencia notable entre la definición de la Convención y la adoptada en la sentencia Ring. Mientras que la Convención de las NU se refiere en general a la participación en la sociedad, la definición del TJUE menciona únicamente la participación en la “vida profesional” .

El TJUE optó por un concepto de discapacidad mucho más amplio que el estricto seguido en la Sentencia Chacón Navas. Así pues, se puede concluir que el TS se ha negado a considerar la enfermedad del trabajador como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece¹⁷².

En el año 2014, caso Kaltoft (C-354/13) el TJUE sentencia de modo similar al caso HK Danmark/Ring y Skouboe Werge (C-335/11 y C-337/11) y fija que la discapacidad es una limitación producida especialmente por deficiencias físicas, mentales o psicológicas de larga duración, que al interactuar con diversas barreras pueden impedir la participación completa y eficaz de la persona afectada en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás

¹⁷¹Ballester Pastor, M.A. Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar, en Ballester Pastor (coord.) La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2010), p. 19), no existe un principio general comunitario de igualdad de trato, sino que se reconocen tan solo “específicas causas de discriminación prohibidas, con específicos regímenes jurídicos y específicas excepciones” pp 53 y ss.

¹⁷² La Sentencia (Gran Sala) Chacón Navas, de 11-7-2006; la cita del párrafo 43 y también la sentencia S. Coleman, de 17-7-2008, reiteran esta doctrina y, adicionalmente, aplica la Directiva 2007/78.

trabajadores. Incluye no solo la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también el impedimento para el ejercicio de dicha actividad.

Por lo tanto, la escasa cuantificación de las deficiencias, impidieron, en opinión de la Sala, cualquier limitación al trabajador, derivada de las mismas tanto “físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudieran impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores”. El supuesto es el de una trabajadora que, inicialmente, acepta dimitir por exceso de plantilla, pero con posterioridad, inicia un proceso en el que alega haber sido víctima de un despido encubierto y de un trato discriminatorio respecto de sus compañeros en razón de tener a su cargo un hijo con discapacidad que, como cuidadora principal, tenía que dedicarle tiempo al hijo. El TJUE fija el principio de “Discriminación por asociación” con el argumento de que la Directiva 2000/78 tiene por objetivo evitar cualquier forma de discriminación por discapacidad, no solo contra las personas con discapacidad¹⁷³.

En este sentido, podemos concluir, que el avance se produce hacia el lado social del concepto de la discapacidad, y la consideración expresa a la persona cuidadora, que en este caso es la madre¹⁷⁴.

Otra cuestión prejudicial, fue la planteada al Tribunal de Justicia por el Juzgado de lo Social nº. 33 de Barcelona en el asunto C-395/15 (Daouidi) planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona (Magistrado D. Joan Agustí Maragall). Concretamente, la cuestión fue “*si el Derecho de la Unión puede interpretarse en el sentido de que los despidos por causa de accidente laboral lesionan el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la integridad física y a la salud, el derecho al acceso a las prestaciones de seguridad social y el propio derecho al trabajo (que incluye el derecho a no ser despedido si no es por un motivo “justo”), principios y derechos recogidos en la Carta (de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*”.

Mediante la sentencia de 1 de diciembre de 2016, el TJUE ha procedido a dar respuesta a la cuestión planteada. ¿cuál es el sentido del pronunciamiento?, podemos decir que se abre, un nuevo frente a la jurisprudencia española, por cuanto la sentencia europea procede a reconocer la posibilidad de entender discriminatorio el acto.

¹⁷³La discriminación por asociación se regulará en el art. 2 de la Convención (2008 para España), en este mismo sentido.

¹⁷⁴Muñoz Ruiz, A.B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad en la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”, *Temas Laborales* núm. 101, 2009, pp. 321-339.

Cualquier tipo de cese de la relación laboral que esté basado en la incapacidad del trabajador para ejercer sus funciones de manera satisfactoria para la empresa, aunque se trate de algo temporal. La duración en el tiempo, es la cuestión determinante, esto es, cuál será la duración mínima del plazo de una disfuncionalidad con repercusión laboral para poder entenderla duradera, sin llegar a ese carácter indefinido (por permanente), de tal forma que pueda blindar al trabajador de un despido procedente por esta causa. Según el TJUE, será cada juez el que decida, tras las comprobaciones oportunas, si la limitación tiene ese carácter de durabilidad que proclama la sentencia comentada o se da el caso contrario, ya que “tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico”¹⁷⁵.

Señala el apartado 56 de la sentencia que entre los indicios que permiten considerar que una limitación es “duradera” figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

Reproducimos, por su claridad de exposición, el fallo de la sentencia:

“La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

– El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

– Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

– Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y

¹⁷⁵A estos efectos, vid, entre otros muchos, Jiménez Cano, R.M., “Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad”, en Cuenca Gómez, P. Ed., Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, Madrid (Fundación Once & Fundación Peces Barba & Huri-Age & CIDDH & Dykinson) 2010, pp.68 y ss.

certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”.

Varios son los aspectos a tener en cuenta de las personas con discapacidad, son personas con serias limitaciones funcionales causadas por deficiencias físicas, mentales o psíquicas. Lo que le permite llegar a dos conclusiones¹⁷⁶:

– debe tratarse de limitaciones, de carácter duradero o permanente, que tengan su origen en un problema de salud o en una malformación fisiológica de la persona afectada; Aunque el texto posee más claridad que concreción, nos planteamos.

- El problema de salud, como causa de la limitación funcional, debe diferenciarse, en principio, de esta limitación.

Consideramos que la remisión nacional supone, a partir de ahora, ir analizando los posibles casos que se tendrán que enfrentar los tribunales españoles en cada situación poliédrica que se les presente al respecto, como puedan ser la concordancia con las causas que se refieren al despido objetivo por bajas intermitentes, o los despidos disciplinarios con causa disimulada de una incapacidad temporal, entre otras¹⁷⁷.

Como conclusión podemos decir que existe una especie de relación de ida y vuelta sobre el necesario pronunciamiento de la justicia supranacional sobre los principios comunes, ahora ya constitucionalizados por los Estados. Así al enjuiciar el TJUE como forma esencial para interpretar sus propias resoluciones, podemos concluir que, realmente, sigue una “jurisprudencia de principios”¹⁷⁸.

En lo relativo a jurisprudencia que refieren contextos como el de la Vida independiente, la Asistencia Personal, o la movilidad de las personas con discapacidades, podemos referenciar por la importancia que reviste, la STJUE de 25 de julio de 2018 en el sentido de dotar de una nueva perspectiva en la Asistencia Personal del dependiente y los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social. La conclusión es que las personas residentes con

¹⁷⁶ Abogado General Geelhoed, Conclusiones en el caso Chacón Navas 2004 sobre cuestiones prejudiciales planteadas.

¹⁷⁷ Cabe citar al respecto la eventual aclaración por el Tribunal Constitucional del concepto de «elemento de segregación» a que alude cuando exige en la decisión del empleador su presencia y, de esta manera, entender concurrente una causa de discriminación con carácter de menor valoración hacia las personas con discapacidad como intención determinante.

¹⁷⁸ Serra Giménez, F. “La constitución como ficción y la imaginación constitucional” en Constitución y Desarrollo Político. Estudios en homenaje al Profesor Jorge de Esteban, Tirant lo Blanch, 2013.

discapacidad de la UE, tienen derecho a la asistencia personal, aunque se vayan temporalmente a otro Estado.

En la resolución del llamado Caso A, El 25-julio-2018, el TSJUE resuelve en sentencia que, a un residente de un Estado con una discapacidad grave, no se le puede negar la asistencia personal por estancia temporal en otro Estado. La nueva perspectiva se centra en que el derecho no lo es por motivo de enfermedad (exportable según D.883/2004) sino porque se promueve la inclusión y la autonomía de la persona según la *ratione materiae* del TFUE. Es el derecho de libre circulación en un nuevo concepto El derecho de igualdad, no sólo prohíbe la discriminación directa, sino también todas las formas de discriminación indirecta tanto las que se desprende de los tratamientos inapropiados de ciertas situaciones, como las que revelan el desigual acceso a las diversas ventajas colectivas de personas que se encuentran en dichas situaciones con respecto a los demás ciudadanos¹⁷⁹.

La Ciudadanía Europea emana como nuevo derecho adquirido desde el seno de la Unión Europea, para hacer valer el derecho subjetivo independiente de la movilidad y sin perjuicio de las excepciones previstas¹⁸⁰. Se trata del cambio del modelo médico de la discapacidad más allá del social y hacia el paradigma de Derechos Humanos y la autodeterminación.

Otro de los análisis que creemos deben plantearse, debe hacerse mirando la discapacidad en cifras como dato objetivo pues, junto a lo anterior, el flujo de migraciones va “in crescendo” de manera más rápida que las regulaciones, lo que ha provocado una preocupación en la coordinación europea en materia de asistencia social que pretende facilitar la vida de la ciudadanía que viajan, residen o trabajan fuera de sus países de origen. Algunas personas con discapacidad pueden necesitar los apoyos necesarios para ello, siendo la Asistencia Personal (en adelante AP) la que consideramos que mejor representa la Vida Independiente y la inclusión social y laboral.

Es una nueva visión de las libertades fundamentales en Tratados, en particular, las de circular y residir en los Estados de la UE (art. 21 del TFUE)¹⁸¹. Es por ello por lo que Europa ha creado una serie de normas centradas en facilitar la coordinación de los efectos de la movilidad de las personas trabajadoras y la

¹⁷⁹ Citando en este caso la Reclamación, nº13/2002 de 4 de noviembre de 2003 Asociación Internacional Autismo-Europa c. Francia.

¹⁸⁰ Véase en particular la sentencia de 2 de julio de 2016, B.,C-438/14, EU:C:2016:401, apartados 29 y 30.

¹⁸¹ Véase en particular la sentencia de 2 de julio de 2016, B.,C-438/14, EU:C:2016:401, apartado 31.

potenciación de los derechos de toda la ciudadanía de la Unión, independientemente de que ejerzan una actividad laboral o no.

Los Estados, tienen competencia en materia de seguridad social y prestaciones de esta naturaleza, sin embargo, si no existiesen disposiciones de la UE sobre coordinación de la seguridad social, no se les podría garantizar una protección suficiente al ejercer su derecho de libre circulación y estancia dentro de la Unión Europea.

Al menos, unas 250.000 personas, han trabajado en más de un Estado miembro y más de un millón de personas aproximadamente, cruzan las fronteras a diario en la UE para acudir a su lugar de trabajo¹⁸². Así, una persona que haya ejercido su derecho a desplazarse en Europa no puede encontrarse en una posición peor que una persona que haya residido y trabajado siempre en el mismo Estado miembro. En algunos de ellos, la protección de la seguridad social se adquiere por la residencia, mientras que en otros solo están aseguradas las personas que ejercen una actividad laboral (y los miembros de su familia), o que tienen prestaciones porque padecen una enfermedad.

Para evitar situaciones en las que las personas migrantes estén o bien asegurados en más de un Estado miembro o, por el contrario, no se beneficien de ninguna cobertura de prestación o seguro, las normas de coordinación vienen a determinar qué legislación debe aplicarse a estas personas en cada caso particular.

Mención aparte, merecen los Reglamentos Comunitarios (CEE) 1408/71 y 574/72 en materia de Seguridad Social, entraron en vigor en España el 01-01-1986 que han sido sustituidos por lo que está vigente en la actualidad, esto son:

- Los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009, que entraron en vigor el 1 de mayo de 2010.
- Las Decisiones de la Comisión Administrativa para la aplicación
- El Reglamento (CE) n.º 1231/2010, (3ª nacionalidad)

El Reglamento 883/2004 podemos decir que se articula en torno a cinco pilares básicos que están regulados en él y que son:

i) Por un lado, la igualdad de trato. El Artículo 4: "Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado

¹⁸² Datos de elaboración propia desde el análisis de la información sobre la libre circulación de trabajadores <http://ec.europa.eu/free-movement-of-workers/> y la información sobre los sistemas nacionales de seguridad social <http://www.ec.europa.eu/missoc>.

miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”.

ii) Por el otro, la asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos que hacen necesarios planteamientos diversos¹⁸³ del Artículo 5, al exponer que: Salvo disposición en contrario del presente Reglamento y habida cuenta de las disposiciones particulares de aplicación establecidas:

a) sí, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que trate dicha legislación, serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro;

b) si en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio.

Así, actualmente, los Reglamentos 1408/71 y 574/72 son aplicables únicamente a los nacionales de terceros países (residentes legales en un Estado miembro de la UE, salvo Dinamarca) y únicamente en las relaciones de Seguridad Social de uno o varios Estados miembros de la Unión Europea (salvo Dinamarca) con el Reino Unido¹⁸⁴. Las prestaciones deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el sentido de la letra a) del apartado 1 del art. 4 del Reglamento nº 1408/71. Ya que se conceden con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. Así se deduce, en las Sentencias del TJCE de 5 de marzo de 1998. La STJCE de 8 de marzo de 2001; la STJCE de 21 de febrero de 2006.

¹⁸³ Estudios se han suscitado en este sentido como el desarrollado por Maldonado Molina, J. A.: “El régimen jurídico de las prestaciones españolas no contributivas de jubilación e invalidez y su coordinación en el Reglamento 883/2004”, en VV.AA.: Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional, Laborum, Murcia, 2017, pp. 487-516.

¹⁸⁴ Las prestaciones deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el sentido de la letra a) del apartado 1 del art. 4 del Reglamento nº 1408/71. Ya que se conceden con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. Así se deduce en las Sentencias del TJCE de 5 de marzo de 1998; La STJCE de 8 de marzo de 2001; la STJCE de 21 de febrero de 2006.

En lo que respecta a la totalización de los periodos del Artículo 6, salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine: la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, la admisión a una legislación, o el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica.

Es necesario advertir, junto a todo lo anterior, no sólo el encuadre diferencial entre discapacidad deficiencia y enfermedad de larga duración, sino también, la inexistencia de una definición legal de los conceptos de “seguridad social” y “asistencia social” sea en el Reglamento 883/2004, sea en el antecesor del que trae causa o, en cualesquiera otros instrumentos normativos comunitarios, ha conducido a que sea la labor interpretadora del TJUE¹⁸⁵.

Otros aspectos para destacar son los siguientes:

iii) La supresión de las cláusulas de residencia del Artículo 7, pues salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora.

iv) Las Normas generales del artículo 11.1 al disponer que las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente título.

v) Son comunes a todo lo anterior, los conceptos claves que el citado Reglamento 883/2004 presenta en su artículo 1, letras j) a l), al establecer que establece que se entenderá por:

- j) “residencia”: el lugar en que una persona reside habitualmente;
- k) “estancia”: la residencia temporal;

¹⁸⁵ Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Los divergentes conceptos de asistencia social en el derecho de la Unión europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 49, 2018, p. 1.

l) “legislación”: para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas de seguridad social contempladas en el apartado 1 del artículo 3.”

Con relación al ámbito de aplicación del TJUE, el Tratado Fundacional, establece en su artículo 267 que El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Además, establece los efectos de la denominada Ciudadanía de la Unión, al recordar que los artículos 20 TFUE y 21 TFUE se oponen a que las medidas llevadas a cabo por los Estados miembros puedan ocasionar vulneraciones de los derechos de libre circulación de la ciudadanía.

Por su parte, La Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (en adelante la Comisión) desempeña un papel especial en el intercambio de dicha información¹⁸⁶. Europa, en los últimos años, ha visto aumentado el flujo de los movimientos migratorios intra y extracomunitarios.

Ello hace que, en el marco legal de referencia y sus posteriores modificaciones, se construya en respuesta a una posible amenaza de la estabilidad en materia de protección social. Es por ello, por lo que el marco global de la asistencia personal en los reglamentos comunitarios europeos en la actualidad, podríamos decir que está sufriendo una importante minoración en lo que se refiere a su ámbito de cobertura por parte de los Estados Miembros.

En el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, como recuerda el profesor Maldonado, no regula de forma específica la atención a la dependencia o los cuidados de larga duración (conocidos por sus abreviaturas en inglés, LTC, long-term care)¹⁸⁷.

¹⁸⁶

http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/coordinacion_seguridad_social_ue

¹⁸⁷Maldonado Molina, J.A. “La coordinación de los cuidados de larga duración en la unión europea. la independencia de la dependencia” Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 49 (2018):La OMS define los cuidados de larga duración como el sistema de actividades llevadas a cabo por cuidadores informales (familia, amigos o vecinos) o profesionales (sanitarios, sociales u otros), o ambos, para conseguir que una persona que no sea totalmente capaz de cuidar de sí misma mantenga la mejor calidad de vida posible, de acuerdo con sus preferencias individuales, con el mayor grado posible de independencia, autonomía, participación, realización personal y dignidad humana.

Por tanto, su marco regulador está constituido por los arts. 17 a 35 del Reglamento n. 883/2004, dedicados a las prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad. las prestaciones en metálico serán servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique. No obstante, y previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de residencia o estancia, tales prestaciones podrán ser facilitadas por la institución del lugar de residencia o estancia con cargo a la institución competente de conformidad con la legislación del Estado miembro competente (art. 21 Reglamento 883/2004).

La Directiva 2004/38/CE, reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a residir en otro Estado miembro por un periodo de hasta tres meses sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos (art. 6.1). Y la libre circulación de trabajadores (conforme se contempla en el artículo 5 del Reglamento nº 492/2011), incluye a los solicitantes de empleo y no exclusivamente a los trabajadores que ejercen ya una actividad laboral.

Ahora bien, a la par que se reconoce ese derecho de residir libremente hasta durante tres meses, también se exonera a los Estados de prestarles cobertura de “prestaciones de asistencia social” durante ese período de tiempo sin que tampoco esté “obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias¹⁸⁸¹⁸⁹.

El artículo 7.1 de la Directiva 2004/38 permite condicionar la residencia a no ser una carga excesiva para el Estado. Hay que precisar que el recurrir a la asistencia social no necesariamente implica convertirse en una carga excesiva, justificando una expulsión, sino que el artículo 14.3 aclara que recurrir a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de la su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión, y en ningún caso procederá si quien recurre a ella es un trabajador ciudadano de la Unión, o un ciudadano que entró para buscar trabajo, sigue buscando empleo y tiene posibilidades reales de ser contratado (art. 14.4 Directiva 2004/38/CE)¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Artículo 24.2 Directiva 2004/38/CE.

¹⁸⁹ Artículo 24.2 Directiva 2004/38/CE.

¹⁹⁰Maldonado Molina, J.A. en su ponencia titulada “*Libertad de circulación y protección social*”.2018.

Así pues, a la par que se reconoce ese derecho de residir libremente hasta durante tres meses, también se exonera a los Estados de prestarles cobertura de “prestaciones de asistencia social” durante ese período de tiempo (artículo 24.2 Directiva 2004/38/CE), sin que tampoco esté obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias.

En 2013, la Comisión publicó unos datos sobre migraciones, minimizando su impacto en los sistemas de protección social en los Estados de acogida en el que se destacaba que la población de España disminuyó en 113.902 personas durante 2012 y se situó en 46.704.314 habitantes a 1 de enero de 2013. Por u parte, el número de extranjeros descendió un 2,3%, hasta 5.118.112 residentes.

En España y durante el año 2012 se registró un saldo migratorio negativo de 162.390 personas. En el caso de los españoles, el saldo migratorio negativo fue de 27.344 personas. Un total de 476.748 personas emigraron al extranjero y 314.358 inmigraron desde el extranjero durante el último año. En el caso de los españoles, emigraron 59.724 e inmigraron 32.380 (Fuente: Ine.es)¹⁹¹.

Sin embargo, recientemente, la propia Comisión cambia de criterio, proponiendo una reforma más racionalizada y coherente ante las dimensiones que han alcanzado las migraciones internas en el seno de la Unión Europea. Así, la revisión de las normas de coordinación de la seguridad social fue anunciada en el Programa de trabajo de la Comisión para 2016 como parte de los esfuerzos de esta por fomentar la libre circulación de trabajadores¹⁹². Esta propuesta, forma parte del Programa de trabajo de la Comisión para 2016 y de los esfuerzos esta se establecen para facilitar la movilidad de los trabajadores, garantizar la equidad a las personas que se desplazan y a los contribuyentes y proporcionar mejores instrumentos para la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros. Se modernizan las normas actuales para garantizar que sean justas, claras y más fáciles de hacer cumplir.

La actualización que se propone refleja el compromiso político de la Comisión con una movilidad de los trabajadores equitativa. Se trata, de una propuesta equilibrada que facilita la libre circulación de los trabajadores y

¹⁹¹ Cifras de Población a 1 de enero de 2013 y Estadística de Migraciones 2012. Fecha: 25/06/2013.

¹⁹² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_es.htm

protege sus derechos, al mismo tiempo que refuerza los instrumentos para que las autoridades nacionales luchen contra los riesgos de abuso o de fraude.

Se establece una relación más estrecha entre el lugar en el que se abonan las cotizaciones y aquel en el que se solicitan las prestaciones, lo que garantiza una distribución equitativa de la carga financiera entre los Estados miembros.

En palabras de la entonces comisaria de Empleo, Asuntos Sociales, Capacidades y Movilidad Laboral, Marianne Thyssen: *“La libre circulación es un derecho fundamental de nuestra Unión muy apreciado por los ciudadanos. Beneficia a los trabajadores, a los empleadores y a la economía en general, y contribuye a combatir la escasez de mano de obra y de trabajadores cualificados. Necesitamos la movilidad de los trabajadores para ayudar a restablecer el crecimiento económico y la competitividad. Pero la movilidad debe basarse en normas claras, justas y que se puedan hacer cumplir. De esto trata nuestra propuesta de actualización de las normas sobre seguridad social: protege la libre circulación y los derechos de los ciudadanos y refuerza al mismo tiempo los instrumentos necesarios para hacer frente a posibles abusos”*.

➤ La propuesta, actualiza las normas de la UE en los cuatro ámbitos siguientes:

1. Prestaciones por desempleo

Los solicitantes de empleo podrán exportar sus prestaciones de desempleo durante un período mínimo de seis meses, en lugar de los tres meses actuales. Tendrán, por tanto, más posibilidades de encontrar trabajo y se contribuirá además a luchar contra el desempleo y la falta de operación de las capacidades en toda la UE.

En el caso de los trabajadores transfronterizos (que viven en un país, pero trabajan en otro y regresan a casa como mínimo una vez a la semana), el Estado miembro en el que hayan trabajado en los últimos doce meses será responsable del pago de las prestaciones de desempleo. Esta situación refleja el principio de que el pago de las prestaciones incumbirá al Estado miembro que percibió las cotizaciones.

Los Estados miembros, podrán exigir que la persona haya trabajado durante al menos tres meses en su territorio para que, en el caso de quedarse sin empleo, se pueda basar en la experiencia previa en otro Estado miembro para solicitar las prestaciones de desempleo.

2. Prestaciones asistenciales de duración indeterminada (dependencia):

Las regula en un Capítulo específico (fuera de la enfermedad), aclarando cuándo pueden los ciudadanos desplazados reclamar tales prestaciones¹⁹³.

La presente propuesta aclara qué son las prestaciones asistenciales de duración indeterminada y cuándo pueden los ciudadanos desplazados reclamar tales prestaciones. Así se conseguirá aportar una mayor seguridad jurídica a un grupo creciente de ciudadanos que, en unas sociedades en proceso de envejecimiento, dependen de la asistencia de duración indeterminada.

3. Acceso de los ciudadanos económicamente inactivos a las prestaciones sociales: Tomando como base la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la propuesta aclara que los Estados miembros pueden decidir no conceder prestaciones sociales a los ciudadanos desplazados económicamente inactivos, a saber, aquellos que no están trabajando o buscando empleo activamente y no tienen el derecho de residencia legal en su territorio.

Los ciudadanos económicamente inactivos, tienen derecho de residencia solo cuando disponen de medios de subsistencia y una cobertura sanitaria completa.

4. Coordinación de la seguridad social en el caso de los trabajadores desplazados: La Comisión propone que se refuercen las disposiciones administrativas sobre coordinación de la Seguridad Social en el caso de los trabajadores desplazados. Pretende garantizar que las autoridades nacionales dispongan de los instrumentos adecuados para comprobar el estatuto de estos trabajadores en materia de Seguridad Social y establece procedimientos más claros para la cooperación entre los Estados miembros a la hora de tratar los posibles casos de prácticas desleales o abusos.

En definitiva, podemos decir que, la propuesta no modifica las normas en vigor sobre la exportación de las prestaciones por hijos a cargo. No está previsto indexar las prestaciones por hijos a cargo ya que el país en el que trabajen los padres sigue siendo responsable del pago de dichas prestaciones, y su importe no se puede ajustar si el hijo reside en otro país.

En general, las modificaciones propuestas mejorarán la transparencia y la seguridad jurídica, y ofrecerán un trato más equitativo en beneficio de los ciudadanos desplazados, los poderes públicos, los empleadores y los contribuyentes. Facilitan la libre circulación y al mismo tiempo proporcionan a los Estados miembros instrumentos más eficaces para evitar abusos.

¹⁹³Está destinada a complementar el seguro de enfermedad, pero advirtiendo que “el hecho de que la concesión de la asignación no esté necesariamente ligada al abono de una prestación del seguro de enfermedad o de una pensión que se haya concedido en virtud del seguro de enfermedad no puede alterar este análisis” (STJCE 2006).

La UE establece normas para coordinar los sistemas nacionales contributivos y garantizar la protección en materia de Seguridad Social cuando un ciudadano se desplaza por Europa.

Las normas, solo prevén la coordinación de los sistemas de Seguridad Social con el fin de determinar a qué sistema está sujeto un ciudadano desplazado. Estas normas impiden que una persona se quede sin protección social o que haya una doble cobertura en situaciones transfronterizas.

En este contexto, los Estados miembros son libres de seguir las novedades en relación con el pago de dichas prestaciones, incluido el pago a los ciudadanos que residen en otros Estados miembros¹⁹⁴.

En definitiva, la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social desempeña un papel especial en el intercambio de toda esta información. La revisión de las normas de coordinación de la Seguridad Social, fue anunciada en el Programa de trabajo de la Comisión para 2016 como parte de los esfuerzos de ésta por fomentar la libre circulación de trabajadores.

Al respecto de las prestaciones familiares, se considera que si el beneficiario se encuentra en el territorio del Estado competente, habrá de equipararse a la residencia en ese Estado a efectos de dotar prestaciones no contributivas familiares, *“por lo que España puede tener que abonar dichas prestaciones incluso cuando los hijos no residan en España”*¹⁹⁵.

Se considera, por tanto, que las prestaciones que dan derecho al pago directo completo o parcial de determinados gastos derivados de la situación de dependencia de la persona asegurada, son prestaciones destinadas a completar las prestaciones en especie del seguro de enfermedad. En consecuencia, las prestaciones en especie se conceden conforme a la legislación del país en el que se reside; mientras que las económicas son abonadas por la institución del país de aseguramiento o afiliación. Por tanto, las prestaciones en metálico por enfermedad sí serían exportables de ser reconocidas así¹⁹⁶.

¹⁹⁴ <https://pagina.jccm.es/europa/pdf/PUBLICACIONES/Coordinacion%20regimenes%20SS.pdf>

¹⁹⁵Op. Cit Maldonado Molina, J.A. en su ponencia como titulada “Libertad de circulación y protección social”.2018

¹⁹⁶Maldonado Molina, J.A.: “La coordinación de los cuidados de larga duración en la unión europea. la independencia de la dependencia”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 49 (2018)

En lo que se refiere a la distinción entre las prestaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 883/2004 y las excluidas de él, debe recordarse que, básicamente, está basada en los elementos constitutivos de cada una de ellas, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no clasificada como de Seguridad Social por una legislación nacional¹⁹⁷.

De este modo, según reiterada jurisprudencia, una prestación podrá considerarse prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de sus personas beneficiarias. Se determina que la concesión de estas prestaciones y los servicios en función de dos requisitos acumulativos e indisolublemente unidos:

a) Que el reconocimiento de una situación esté legalmente definido, y

b) Que tenga relación con algunas de las contingencias enumeradas, enfermedad en nuestro caso,

Lo expuesto se refiere, expresamente, en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n.º 883/2004¹⁹⁸.

El litigio Principal y las cuestiones prejudiciales surgen del supuesto de hecho con motivo del procedimiento prejudicial planteado ante el TJUE, se centra en la determinación acerca del concepto y naturaleza de la prestación de asistencia de la persona dependiente. La importancia es debida a que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018 refrenda una cuestión clave en la que se determina la cobertura de la prestación que queda incluida del ámbito del Reglamento 883/2004 solo para cuando la causa sea debida a la enfermedad de la persona solicitante.

El órgano de justicia europeo se pronunció sobre el litigio que mantenía, en agosto de 2013, un ciudadano finlandés y el Departamento de Prestaciones del Área de Asuntos Sociales y de Salud del municipio de Espoo (Finlandia) relativo a la continuidad de la prestación de su asistencia personal al trasladarse a Tallin (Estonia) para cursar estudios universitarios durante 3 o 4 días a la semana a jornada completa. Es decir, que los servicios solicitados tendrían que prestarse fuera de Finlandia. Dicha solicitud fue denegada porque el órgano judicial competente de Finlandia consideró que su estancia fuera del país no podía calificarse como ocasional, aunque su domicilio no hubiera cambiado y volviera

¹⁹⁷ Op Cit Maldonado Molina, J.A. en su ponencia titulada “Libertad de circulación y protección social”.2018

¹⁹⁸Véanse, en particular, las sentencias de 27 de marzo de 1985, H., 249/83, EU:C:1985:139, apartados 12 a 14; de 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslovaquia, C-433/13, EU:C:2015:602, apartado 71, y de 21 de junio de 2017, M. S., C-449/16, EU:C:2017:485, apartado 20.

a él los fines de semana. Por tanto, el juez consideró que el Departamento de Prestaciones del Área de Asuntos Sociales y Salud de Espoo no estaba obligado a garantizar los servicios y medidas de apoyo en Estonia. Mediante resolución de 12 de noviembre de 2013, se confirma la misma posición judicial por parte del tribunal de lo contencioso administrativo como denegatoria de su solicitud de asistencia personal. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo solicita del TJUE una decisión prejudicial para resolver el asunto principal.

Los argumentos de las partes se postularon de la siguiente manera:

El denunciante, A solicita los servicios para ser prestados fuera de su país. Pues la Ley sobre servicios a personas con discapacidad de Finlandia, concretamente: El artículo 8c de la misma Ley, titulado «Asistencia [personal]», dispone lo siguiente: “A efectos de la presente Ley, se entenderá por AP, la atención a la persona dentro o fuera del domicilio, indispensable para las personas con grave discapacidad: 1) para actividades de la vida cotidiana; 2) en el trabajo y en el estudio; 3) en las actividades de ocio; 4) para participar en la vida social, o 5) para preservar la interacción social.

Sin embargo, los municipios no estarán específicamente obligados a proporcionar alojamiento con asistencia o una AP cuando los cuidados necesarios para la persona con grave discapacidad no puedan ser garantizados por los servicios de atención primaria.

La AP tiene por objeto ayudar a las personas con grave discapacidad a adoptar sus propias decisiones en el desarrollo de las actividades mencionadas en el párrafo primero. La organización de la AP supone que la persona con grave discapacidad disponga de los recursos para determinar el contenido y las modalidades de ejecución de esa asistencia.

A efectos de la organización de una AP, tendrán la consideración de “personas con grave discapacidad” las personas que, por sufrir una discapacidad o enfermedad prolongada o degenerativa, necesitan de forma imperiosa y reiterada la ayuda de otra persona para realizar las actividades mencionadas en el párrafo primero, cuando dicha necesidad no sea principalmente imputable a una enfermedad o incapacidad ligada a la edad.

Por todo ello, se concluye, que los municipios podrán prestar la AP realizando:

1) El reembolsando a las personas con grave discapacidad los gastos soportados por contratar a un auxiliar que le preste la asistencia [personal],

incluidas las cotizaciones y prestaciones obligatorias a cargo del empleador, así como los demás gastos razonables y necesarios generados por el asistente;

2) Entregando a las personas con grave discapacidad bonos de servicio por un valor adecuado, conforme a la Ley sobre el bono para servicios de asistencia social y de salud (569/2009), para la contratación de los servicios de un asistente; o bien,

3) Poniendo a disposición de las personas con grave discapacidad los servicios de asistencia de proveedores de servicios públicos o privados, o bien prestando ellos mismos o con otro u otros municipios tales servicios en virtud de un acuerdo suscrito al efecto. En el caso contemplado en el punto 1 del párrafo segundo anterior, la persona con grave discapacidad deberá recibir, en su caso, orientación y ayuda respecto de las cuestiones relativas a la contratación de un asistente.

El asistente personal mencionado en el párrafo segundo, punto 1, antes citado, no podrá ser un familiar ni una persona cercana a la persona con grave discapacidad, a menos que concurra un motivo particularmente importante que determine que ello redunde en interés de esta.

La parte denunciada, la Administración de Espoo, mediante resolución de 12 de noviembre de 2013, confirmada por la resolución de 4 de febrero de 2014, consideró que no está obligado a organizar servicios y medidas de apoyo fuera de Finlandia por la afinidad de tal clase de estancia en el extranjero con el concepto de “residencia habitual”. Ya que según el artículo 14 de la Ley de Asistencia Social y de Salud, establece que se entenderá por residente del municipio, a los efectos de la ley, toda persona que tenga en él su domicilio conforme a la Ley de registro civil (141/69).

Se observó, además, que cabe la posibilidad de una asistencia personal fuera de Finlandia durante las vacaciones o en caso de desplazamientos por motivos de trabajo, no concediéndose ninguna compensación cuando el municipio de residencia cambia como consecuencia del traslado de la persona fuera de Finlandia¹⁹⁹.

No obstante, mediante sentencia de 27 de junio de 2014, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Helsinki, Finlandia, confirmó básicamente la tesis anterior y desestimó el recurso interpuesto por A contra la resolución denegatoria de su solicitud de asistencia personal ya que no se contemplaba expresamente los supuestos de traslado para los estudios.

_____ ¹⁹⁹ o cuando se trata de otro tipo de estancia duradera o habitual en el extranjero.

A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente entiende que, en virtud de la Ley sobre servicios a personas con discapacidad, el servicio de asistencia personal constituye una obligación particular del municipio, y que toda persona es titular de un derecho subjetivo a tal asistencia si reúne los requisitos necesarios para ello, pero advierte, sin embargo, que, aunque A curse sus estudios en la capital Estonia, al constar que su municipio de residencia en el sentido del Derecho nacional sigue siendo Espoo, ni del tenor de la Ley sobre servicios a personas con discapacidad ni de los trabajos preparatorios de dicha ley cabe deducir una obligación de abonar la prestación solicitada cuando se trata de una estancia fuera de Finlandia.

Una cuestión para matizar es la importancia de las Cuestiones Prejudiciales: Interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Finlandia, este considera necesaria una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia para resolver el asunto principal al TSJUE.

La contestación del TJUE se basa en el hecho de que una prestación podrá considerarse prestación de seguridad social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de sus beneficiarios, se conceda a estos: a) en función de una situación legalmente definida, y b) en la medida en que tenga relación con alguna de las contingencias expresamente enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n.º 883/2004. Dado el carácter acumulativo de los dos requisitos mencionados en el apartado anterior, la prestación de que se trate no estará comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento si uno de ellos no se cumple.

La primera parte, se cumple y, en relación con la segunda, la ley sobre servicios a personas con discapacidad debe cumplir su art. 1 mencionado ut supra. Por consiguiente, NO puede considerarse que la prestación controvertida en el litigio principal tenga relación con alguna de las contingencias enumeradas expresamente en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004.

Nos podemos preguntar si se produce una restricción del derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, consagrado en los artículos 20 TFUE y 21 TFUE. Como ha declarado el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad

y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico.

Por otro lado y cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1.y 3. A los efectos contemplados en el apartado 1, y salvo que los Tratados establezcan poderes de actuación para ello, el Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre Seguridad Social o Protección Social. El Consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo.

Todo ello conlleva a concluir que, sin duda, se ha producido el reconocimiento de una figura con consecuencias jurídicas, por medio de la construcción del derecho de “la ciudadanía de la Unión”, donde el derecho a la libre circulación, por ejemplo, está por encima de otros criterios nacionales más restrictivos. De modo que puede invocar, incluso frente a su Estado miembro de origen, los derechos inherentes a tal condición porque está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros.

Esta sentencia, supone la primera piedra en la construcción de un sistema que garantice los derechos y libertades de las personas con discapacidad desde la Autonomía, así como su inclusión en la comunidad en condiciones de igualdad. Los operadores jurídicos, desde la demanda y hasta la sentencia final, debemos ir forjando el nuevo paradigma de los Derechos Humanos en materia de discapacidad y dependencia que la sociedad nos está demandando.

Como pone de manifiesto el profesor El profesor Monereo²⁰⁰, en su art. de investigación sobre jurisprudencia europea, es necesario establecer una relación con la denegación de una prestación de asistencia social en la resolución de las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE en el caso concreto.

Otra cuestión es la de si puede estar limitada la circulación por el interés general de supervisar la prestación bajo el paraguas de la condición de

²⁰⁰Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P: “La ciudadanía de la Unión y la libertad de circulación y residencia como derechos prevalentes en el sistema social de la Unión Europea: la imposibilidad de denegar asistencia personal con motivo de su estancia en otro Estado miembro”. *Diario La Ley Unión Europea* Nº 63, 2018. P.s.3 y ss..

ciudadanía de la Unión que está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico²⁰¹.

Finaliza el Tribunal, manteniendo una concatenación de derechos en cascada que, a modo de red, configuran la protección jurídica de la prestación de AP en el caso concreto pues, se requiere desde el prevalente derecho a la educación y la movilidad del alumnado²⁰².

Un nuevo caso tenemos recientemente en el TEDDHH, con ocasión del caso Jivan contra Rumanía ha dictado Sentencia de 08 de febrero del 2022²⁰³ con un marcado carácter de ampliación de los derechos individuales cuando hablamos de protección social vinculando la Asistencia Personal más allá del derecho a la Vida independiente (art. 19 de la Convención como sabemos), pues su no atribución como recurso deviene en un incumplimiento del derecho a la vida privada y familiar de la persona en situación de dependencia. Son ramificaciones de la protección que se expanden como obligaciones del Sistema, que no podrá excusar su falta de dotación según el perfil de la persona usuaria ya que la justificación de derecho trasciende a la vida privada de la persona y a la no injerencia de las AA.PP. sobre ella. (art. 8 de la Convención).

La cuestión fundamental demanda la privación de los derechos en base a dos presupuestos: El primero, se fundamenta en la extensa duración del procedimiento para la adopción de la decisión sobre los servicios y prestaciones establecidos para el caso. El segundo, recae en el hecho de que la calificación jurídica sobre la persona y su situación de dependencia era errónea, lo que conlleva automáticamente que la privación de los derechos recaiga en la no

²⁰¹STJUE de 2 de junio de 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, apart. 29 y 30.

²⁰²STJUE de 26 de febrero de 2015, M, C-359/13),EU:C:2015:118, apartado 27

²⁰³ TEDH/2022/1. ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD006225019 SECCIÓN CUARTA, CASO DE JIVAN c. RUMANIA (Solicitud n° 62250/19).

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal
provisión de los recursos más adecuados y eficaces para la persona beneficiaria del Sistema.

En España para la dependencia, se reconoce la legitimación en el supuesto que la persona titular del expediente haya fallecido, para el caso de que estando valorada no haya obtenido resolución que aprobase servicio o prestación alguna, sin perjuicio del inicio de oficio del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, los herederos o herederas tienen derecho a reclamar la reparación del daño que pueda haberles causado el retraso en la resolución del expediente, siendo la vía adecuada para ello, la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, regulada en Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Este será el supuesto más eficaz en nuestro caso, ya que la asignación de recurso más adecuado para la persona se produce en la realización del PIA, en el que participa la persona beneficiaria y que es necesario tenerlo aprobado para causar derechos a familiares, en caso de fallecimiento²⁰⁴.

Volviendo a la sentencia que nos ocupa, la demanda interpuesta deviene fundamentada en los hechos mencionados anteriormente, donde la valoración errónea del grado de dependencia privó a la persona de la posibilidad de beneficiarse de una asistente personal, afectando a su autonomía personal y al acceso al mundo exterior y obligándole a quedar aislada.

En definitiva, la valoración incorrecta del grado de dependencia y del recurso asignado, vulneran directamente el art. 8 de la Convención: Respeto a la vida privada y familiar. La demanda fue estimada por estos fundamentos y la sentencia será definitiva²⁰⁵.

²⁰⁴ Conforme la norma estatal, Ley 39/2006 de Promoción de la autonomía personal y atención de personas en situación de dependencia, el “El derecho de acceso a las prestaciones derivadas del reconocimiento de la situación de dependencia se generará desde la fecha de la resolución de reconocimiento de las prestaciones o, en su caso, desde el transcurso del plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin haberse dictado y notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación”(Disp, final 1ª Ley 39/06).

Por lo que existe un derecho a cobrar efectos retroactivos del reconocimiento de la situación de dependencia, desde los seis meses desde que fue presentada la solicitud hasta el fallecimiento del dependiente.

²⁰⁵ En las circunstancias previstas en el art. 44.2 de la Convención.

El juicio pone de relieve que la evaluación y la dotación de los recursos inadecuados para la persona con discapacidad/dependencia, llega a la afectación de los derechos fundamentales para la persona por parte del Sistema, llegando a generar una falta de equilibrio justo entre intereses contrapuestos.

La parte demandante nace, porque que el hijo sigue con el proceso iniciado por el padre fallecido y sujeto directo de la dependencia. Se mantienen el fundamento doble vulneración de derechos tanto mediante la excesiva duración del procedimiento, como de la asignación errónea del recurso asignado para la dependencia y su clasificación. En relación con esto último, se determinó en el informe pertinente, que el beneficiario tenía mal estado de salud, necesitando asistencia para las ABVD pues no podía atenderlas por sí mismo y que incluso se expresaba en el informe, podía sentarse pero no caminar. La pérdida de la masa muscular y de peso, agravaron su situación, recomendando consolidar su red de apoyo constante (su único hijo) para complementar su autonomía perdida.

Aún con todo ello, la calificación de la discapacidad/ dependencia fue de grado medio (informe de 2017). Recurrida esta resolución por inadecuada, el solicitante dependiente solicitó que se le reconociera que sufría una discapacidad grave que necesitaba de asistente personal.

Tras la inadmisión de los recursos oportunos, en diciembre de 2018, se emitió un nuevo certificado con la misma calificación de dependencia media, permanente y no reevaluado periódicamente.

En enero de 2019 el solicitante impugnó la segunda resolución porque no había tenido en cuenta los índices de su valoración para las ABVD, consulta social y médica de dependencia para la toma de alimentos, necesitando un asistente personal por todos estos motivos que no habían sido impugnados en el recurso.

Fue el 5 de marzo de 2019 cuando el tribunal del condado de Bihor, admitió la reclamación del solicitante., calificando como grave su discapacidad con derecho, por tanto, a la asistencia personal.

La apelación de este fallo se produjo a instancias de la Comisión, siendo revocado y considerando de nuevo la levedad de su discapacidad.

Los asuntos que subyacen son los siguientes: Por un lado, vemos la falta de promoción de la autonomía de la persona desde el recurso de la asistencia personal. El hecho es que no se reconoce en todos sus grados por parte de la

legislación de Rumanía (como ocurre en España desde 2012), y que llevó a que el demandante solicitara una clasificación mayor en grado para obtener el derecho a la Asistencia Personal²⁰⁶.

Por otro lado, la negativa a proveer el recurso para el caso concreto, hace referencia a un aspecto restringido de la asistencia como es la falta grave de condiciones de movilidad (Pa.13) junto a un aspecto desnaturalizado de la misma, más acorde al Servicio de Ayuda a Domicilio (Pa.19) pues habla de la necesidad de la asistencia, cuando la persona ha perdido completamente la capacidad de cuidarse a sí misma²⁰⁷.

- Si bien la admisión del recurso por la parte demandante fue obtenida en un primer momento, el último fallo en vida del demandante, volvió a darle le razón de la negativa, a la administración correspondiente.

Consideramos necesario detenerse en este momento del procedimiento porque es esencial para entender lo que estamos planteando. Hasta ahora, las pretensiones de las partes se han visto fundamentadas en la protección social y en la asistencia en el domicilio, principalmente.

Sin embargo, en el momento en que se produce la sucesión procesal, se amplía la motivación por la falta de protección de un nuevo derecho. Así:

- La pretensión del hijo demandante tras el fallecimiento de su padre es la que dota de verdadero contenido a la figura de la A.P., pues alega la violación del Art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ya que, al negarle el derecho a este recurso, a su padre, las autoridades habían violado su derecho al respeto de su vida privada ya que lo habían privado de su autonomía y del acceso al mundo exterior, obligándolo así al aislamiento²⁰⁸.

Esta sentencia, por tanto, es definitiva en las circunstancias previstas en el artículo 22 de la Convención que habla del respeto de la privacidad al

²⁰⁶ Este era el recurso solicitado, sólo este.

²⁰⁷ Ni siquiera diferenciando los servicios en tareas personales y domésticas, encajamos la Asistencia Personal en estos servicios.

²⁰⁸ Art. 8 • Vida privada • Falta de garantía de protección efectiva para una persona mayor debido a una evaluación inadecuada de la gravedad de su discapacidad, privándolo así de un asistente personal según lo dispuesto por la legislación nacional • Falta de equilibrio justo entre intereses contrapuestos.

mencionar que ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones. Los Estados Parte protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Consideramos esencial el aclarar que hay cierta capacidad de decisión del Sistema al conceder a las personas dependientes una serie de prestaciones y servicios en virtud de unas puntuaciones establecidas. Se habla de personas beneficiarias, pues la concesión o no de aquellos viene establecida a nivel presupuestario. En este sentido se manifiestan los primeros fallos de sentencias y recursos del caso.

La importancia de la sentencia que estamos analizando, recae en el hecho de que lo que se considera vulnerado, no es una ayuda a las ABVD, sino una vulneración al derecho de la vida privada, familiar.

Es definitiva, no sólo se priva del derecho al trabajo y de conceder alternativas al mismo (que se justifica en una puntuación aplicada al caso), sino que, en el recurso final, se entiende que se ha privado a la persona del derecho a disfrutar del derecho a vida privada, familiar y social y es entonces cuando se reconoce la supremacía de los derechos fundamentales y sociales, así como su salvaguarda por parte del Sistema.

La diferencia principal, para entender la evolución, es que, en el primer caso, estamos ante lo que se denominan “personas beneficiarias” cuya concesión depende del poder presupuestario dotado para el colectivo. En el segundo supuesto, estamos ante “personas titulares de derechos” cuya promoción es de carácter universal y de obligado cumplimiento por parte de los Estados como derecho fundamental.

La sentencia, abarca distintos ámbitos de protección para la aplicabilidad de los derechos en el caso concreto²⁰⁹. Así, podemos destacar lo siguiente:

- Por un lado, percibe el derecho a la vida privada como desde una perspectiva amplia y no susceptible de definición exhaustiva, abarcando, el derecho a la libre determinación prevaleciendo los aspectos de la protección de la existencia e identidad del solicitante como derecho fundamental (en contraste con el caso de *Parrillo c. Italia* [GC], no. 46470/11, § 153, ECHR 2015 con más referencias).

- Por otro lado, la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías consagradas²¹⁰.

Junto a estos aspectos de garantías fundamentales, se postula la sentencia sobre un ámbito de protección restrictivo que nos llama la atención. Considera que la actuación del Estado, para considerarla lesiva, debe interferir en el desarrollo personal y su interrelación con los demás, siendo obligación de la persona interesada demostrar la existencia de un vínculo especial entre la situación denunciada y las necesidades particulares de su vida privada y su relación con el mundo exterior (ap.31).

En este punto, el Tribunal parece arrepentirse de haber conceptualizado en sentido amplio la promoción de la autonomía y vuelve a encerrarse en el aspecto, a sensu contrario, de que las personas viven aisladas, sin conexión con el mundo exterior y lo que es peor aún, sin posibilidad de conectarse socialmente por lo que hay que recordarle al tribunal que quizá si la persona no lo ha hecho antes, puede ser que sea debido a su discapacidad y dependencia²¹¹ y para ello necesita los recursos adecuados.

Por lo tanto, es evidente que no podemos compartir esta parte de la fundamentación de la sentencia. que carece de sentido jurídico actual, y que parece más propio de los modelos de prescindencia, o incluso del

²⁰⁹ Como ya ocurriera en los casos *Denisov c. Ucrania* [GC], no. 76639/11, § 93,25 de septiembre de 2018, y *Asociación ACCEPT y otros c. Rumania* , núm. 19237/16, § 62,1 junio 2021.

²¹⁰ véase *Parrillo c. Italia* [GC] , no. 46470/11, § 153, ECHR 2015 con más referencias y *Pretty c. el Reino Unido* , no. 2346/02[sic], § 61, ECHR 2002-III.

²¹¹ véase *Zehnalová y Zehnal c. República Checa (dec.)*, n.º 38621/97 , TEDH 2002-V.

médico rehabilitador ya superados por el Modelo Social y del Estado del Bienestar. En ellos, imperan los ámbitos de actuación sobre la promoción de la autonomía, la toma de conciencia, no generar barreras sociales y salvaguardar los derechos para que no se produzcan situaciones de discriminación ni de desigualdad de oportunidades.

Si el Sistema no ofrece la ayuda para que la persona pueda levantarse, asearse y salir al mundo exterior porque considere que no ha probado sus ganas de vivir en comunidad, se les está obligando a la ciudadanía, con una mayor esperanza de vida, a ser forzadas a quedarse en la vejez pasiva y en esa forma de mala calidad de vida de forma temprana.

En definitiva, se enfrentaba a la posibilidad de vivir de una manera que estaba en conflicto con sus ideas fuertemente arraigadas de sí mismo y de identidad personal ²¹².

Esta sensación de pertenencia de derechos y de vida lo más independiente posible, si la persona no la tiene, se la tiene que proporcionar el Estado del Bienestar. Es decir, en lugar de presumir *iuris tantum* que la persona quiere permanecer aislada por sus condiciones de discapacidad y exigirle pruebas para facilitarle lo contrario, debe prevalecer la presunción *iuris et de iure* de que la persona puede y debe querer disfrutar de los derechos de la misma manera que el resto de la comunidad. Esta es la base de la autodeterminación y promoción esencial de la autonomía de la voluntad.

3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: DESDE EL ESTADO DEL BIENESTAR, HACIA LA REFORMA TERMINOLÓGICA

Con nuestra Constitución, en 1978, entre otras cosas, se reordena el Estado del Bienestar. En concreto, en su art. 41 que trata de la Seguridad y las prestaciones sociales, Junto a ello, se hace mención expresa de los servicios sociales en el art. 50 que los relaciona, específicamente al colectivo de las personas de la tercera edad.

Como mandato de garantía pública, el artículo 9.2 por su parte dice: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover*

²¹² Ver, *mutatis mutandis*, McDonald v. the United Kingdom, no. 4241/12, § 46,20 de mayo de 2014, con más referencias.

los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La Constitución Española, sigue concretando el establecimiento en sus artículos 41, 139.1 y 149.1.1, de la garantía de un "régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos y la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad"; así como "los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado" y la "igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en real de los deberes constitucionales".

Por su parte, las Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.) han aprobado Leyes de Servicios Sociales, cuyo eje central es la organización del sistema público de servicios sociales, desarrollando el papel de los servicios sociales de atención primaria y servicios sociales de atención especializada en el ámbito de personas sin hogar. Por otro lado, en los Catálogos y Carteras de Prestaciones y Servicios de las CC.AA. , se han identificado los servicios y prestaciones que se deben garantizar a través del sistema de servicios sociales en el ámbito de las personas sin hogar.

Estas prestaciones se ejecutan a través de los Servicios Sociales Municipales que constituyen el Nivel de Atención e Inserción Primario. La Ley de Bases de Régimen Local de 1985 regula las competencias de los municipios, entre las cuales se reconoce la de prestar “los servicios sociales, de promoción y reinserción social”²¹³. En último lugar, aunque la intención es buena y en base a ello, no dudamos que se facilitaron ayudas, lo cierto es que circunscribirlo a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla supone un porcentaje minúsculo dentro de las necesidades de las personas con dependencia de España y sus CC.AA.

La primera reforma aprobada, en 1992, sirvió para incorporar el derecho a sufragio pasivo de los extranjeros comunitarios en elecciones municipales. La última reforma de la Constitución fue el año 2011 para incluir el concepto de "estabilidad presupuestaria" a raíz de la crisis económica, añadiendo la prioridad de pagar la deuda pública frente a cualquier otro gasto estatal.

Como acertadamente expone Insúa, a partir de estos reconocimientos tanto en forma de derechos como de presupuestos, la incidencia sobre la denegación de ajustes y medidas varias, , habrá que ponderarse en cualquier caso, cuando se trate de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad , por lo que sólo cuando esa incidencia sea limitada y el coste excesivo, entonces podrá ,

²¹³ A su vez, esta normativa establece que los ayuntamientos de más de 20.000 habitantes tienen la obligación de prestar servicios sociales, aunque no se especifica en qué consisten ni tampoco quienes son los/as beneficiarios/as de estos.

por ejemplo, fundamentarse la denegación en el derecho a la libertad de empresa que prevé el artículo 38 de la CE²¹⁴.

En la actualidad existe una pretendida reforma conceptual para adecuar nuestra Constitución a los términos adecuados. Así la eliminación del término disminuido del artículo 49 de la Constitución lleva demasiados años de lucha pues en su regulación actual dice que *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*.

La obsoleta redacción, pone en evidencia a varios pilares fundamentales del periodo constituyente:

1. Al propio Estado por no tener un lenguaje inclusivo (o de integración en esa época).
2. Al propio Sistema público, pues mantiene el concepto médico-rehabilitador del momento de la redacción de la carta Magna.
3. A los grupos de presión del momento por no contar con la participación de las Ong's para la redacción del texto.

No obstante, aunque hoy en día, todo ello ha sido superado ampliamente, con el concepto social imperante, el cambio del Sistema no ha sido el deseado, pues el texto aún sigue vigente. En discapacidad, las palabras no son neutras, a nuestro parecer y es por ello que reivindicamos un cambio esencial para el avance del proceso de cambio del colectivo, como desafío público.

Se hace necesario, por tanto, una contextualización del colectivo, en el sentido de considerar que las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este título en condiciones de igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación, y encomienda a los poderes públicos la tarea de realizar las políticas necesarias para garantizar la autonomía personal y plena inclusión social de las personas con discapacidad.

²¹⁴López Insúa,B: *La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales*. La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo”. Ed. Laborum 2021 p. 176

Junto a ese contexto, el ámbito de actuación, debe serlo de la necesaria protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. De eso trata el cambio del Sistema ya que las personas con discapacidad deben tener la protección prevista en los acuerdos internacionales.

Es por ello que, la finalidad del Estado Social que se proclama en nuestra CE establezca las bases para garantizar una protección reforzada de los derechos de las personas con discapacidad por parte de los poderes públicos. En nuestro caso. Destacamos como reconocimientos de derechos y salvaguardas:

- i) la promoción de la autonomía personal
- ii) la inclusión del colectivo en la elaboración de sus políticas; reconoce la especial vulnerabilidad de mujeres y niñas,
- iii) La defensa de la participación de las asociaciones representativas del sector en todas las decisiones que les afecten.
- iv) La concreción de las evoluciones del término y esto aún, podemos decir que se ha producido legal y socialmente, pero no aun constitucionalmente.

Más claramente y, en palabras de Olarte²¹⁵, se va produciendo un efecto normalizador y compensador como modelo, que refleja el actual tratamiento jurídico de la discapacidad con carácter general. Es decir, reconocimiento –y ejercicio– pleno de derechos y adopción de medidas de remoción de los obstáculos que lo impiden o dificultan, para la consecución del mayor grado posible de autonomía personal.

Por tanto, igualación en la consideración de que dicha normalización no excluye, sino que presupone, la adopción de medidas específicas –positivas y negativas o de remoción– en orden a dicha normalización efectiva.

En la evolución de este estudio, se ha partido del concepto inicialmente dado en la normativa, hacia el modelo normalizador, que necesita de un Sistema Social del Estado del Bienestar que garantice los derechos reconocidos en base a ella, por eso, el punto de llegada debe ser la realización efectiva del mismo.

El art. 49 CE, en definitiva, impone a los poderes públicos, más allá de la prohibición de discriminación, la obligación de garantizar la plena efectividad de todos los derechos (cívicos, políticos, sociales, culturales y económicos) de estos ciudadanos, tal y como apuntó el TC (STC 269/1994), dando especial relevancia a la vertiente de la plena integración social y laboral.

²¹⁵ Olarte Encabo, S: *“Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras”* La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo”. Ed. Laborum 2021. p.108

Incluso el art. 10.2 de la CE, garantiza la evolución del mandato constitucional conforme a los estándares internacionales, sin olvidar que su ubicación en el capítulo III del Título I CE no es contradictoria con el reconocimiento de un derecho social fundamental a la plena integración social de las personas con discapacidad a partir de su derecho a la libertad e igualdad plenas –sin los que no se entiende el respecto a su dignidad– y para cuya efectividad se impone el mandato a los poderes públicos de adoptar políticas específicas²¹⁶.

Este régimen competencial y sus regulaciones pueden verse alteradas por el Estado en caso de urgente necesidad, como ocurre en la normativa sobre todo que referencia nuestro Sistema de dependencia²¹⁷.

Las demás competencias, en cuanto la “facultad” o la “materia” no se mencionada expresamente como exclusiva del Estado, podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas, en virtud de la cláusula residual del art 149.3 CE, al disponer que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución Española podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, si así lo establecen sus propios Estatutos. De este modo, cabría deducir, por ejemplo, una competencia integrada dentro de esta tercera lista en la ejecución de la legislación sobre propiedad intelectual o industrial, pues el art. 149.1.9ª sólo reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación en la citada materia. Además, en el mismo sentido, una materia omitida por cualquiera de las dos listas de los artículos 148 y 149 podría, asimismo, ser de competencia autonómica”.

4. NORMATIVA EN ESPAÑA: DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA Y POLÍTICAS SOCIALES DEL ESTADO DEL BIENESTAR.

“La protección social es un concepto amplio, que incluye una variedad de medidas normativas, no solamente pensiones, sino también atención a la salud, prestaciones familiares, seguros de desempleo, protección por discapacidad, rehabilitación y, en muchos países, asistencia social. La protección social es una inversión. La asignación de recursos a la protección social beneficia no sólo a los destinatarios sino a la sociedad en su conjunto”.

Kofi Annan²¹⁸.

²¹⁶ Op Cit. Olarte Encabo, S., p.111

²¹⁷Ver por todas Sentencia 18/2016, de 4 de febrero de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 1983-2013. Interpuesto por la Generalitat de Cataluña en relación con varios preceptos del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

²¹⁸ Sobre el concepto de “protección social” recogido en el informe del Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan (2001), premio Nobel de la Paz.

En la actualidad según Márquez y Vila, nos encontramos en un concepto de discapacidad que parte del modelo explicativo de la discapacidad que se afirma desde instancias internacionales: que no solo tiene en cuenta, como se ha dicho, las condiciones personales de los discapacitados sino, sobre todo, las posibles barreras sociales del entorno. Porque desde el punto de vista relacional, la discapacidad, enfocada anteriormente sin más como necesidad o dependencia, es ahora inscrita en la relación interpersonal, por lo que es necesario promover la inclusión social de los sujetos no incluidos en la relación de interdependencia²¹⁹. La adopción de medidas destinadas al colectivo de personas con discapacidad. Esto significa que se deban adoptar medidas dirigidas expresamente no sólo a las personas con discapacidad, sino adoptando soluciones que vayan dirigidas a la eliminación de los problemas del entorno que impiden a aquella disfrutar de una vida plena.

Antes de proceder a profundizar en el desarrollo de este capítulo, consideramos esencial realizar un análisis sobre lo que consideramos el punto de partida de la promoción social de los derechos, y más en concreto, de las políticas sociales del Estado del Bienestar.

Sobre el concepto del Estado del Bienestar, en una visión puramente personal y desde la perspectiva que nos da la realidad, podemos decir que surgió al considerarse una situación extrema, como un acontecimiento que marcó un hito histórico y diferencial, aunque no figure con este énfasis en los libros más específicos. No es, por tanto, una referencia normativa, sino un relato del año 1912 sobre lo sucedido en los Estados Unidos de Norteamérica, que, consideramos, dibujó un panorama nuevo: la necesidad de promoción de los derechos sociales y no sólo laborales, de las mujeres trabajadoras.

En efecto, el suceso acaecido en 1912 sitúa el momento en el que un grupo de mujeres obreras estadounidenses que iban a perder el salario que les daba de comer, fueron calladas en sus manifestaciones reivindicativas. Ante ello, fueron conscientes de que los derechos humanos se les estaban anulando como un efecto colateral y decidieron cortar de raíz la situación en ese momento. No existe documentación directa del uso del slogan por parte de las obreras, pero se dijo, que el poema de James Oppenheim, estuvo inspirado por un cartel que llevaban las manifestantes en huelga y que rezaba “queremos el pan, pero también queremos las rosas”²²⁰.

Conociendo las necesidades vitales que se les negaban, llamaron la atención hacia un nuevo desafío público inédito para un grupo vulnerable, es decir, se atrevieron a diferenciar lo que era el salario justo por su trabajo,, la

²¹⁹ Márquez Prieto, A y Vila Tierno, F: “Dignidad inherente derecho a la vida, a la personalidad, integridad, independencia e inclusión”. La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo”. Ed. Laborum 2021 p. 191

²²⁰ El poema, de James Oppenheim, 1911.

ilegalidad de su causa de despido y el clamor de los derechos sociales. Supuso pues, el nacimiento de las acciones colectivas (en base a los derechos), frente a las peticiones individuales ante el empresariado (basadas en caridad o libertad de licencia del empleador, mayoritariamente). Doble era la reivindicación, la de un puesto laboral digno y la de soñar un mundo donde la belleza, la alegría y el bienestar, también fueran posibles. Necesitaban que la calidad de vida, volviera la vista hacia ellas, hasta conseguir la igualdad para sentirse bien en su comunidad a todos los niveles.

El texto, fue escrito en diciembre de 1911, por James Oppenheim, un poeta y activista afiliado al sindicato combativo IWW (Industrial Workers of the World). Según la investigación de Jim Zwick,,

El poema fue publicado primero en The American Magazine en diciembre de 1911, con el texto “Pan para todos, y Rosas, también’ —un eslogan de las mujeres en del oeste²²¹, dice así:

POEMA PAN Y ROSAS

“Mientras vamos marchando, marchando, a través del hermoso día/ un millón de cocinas oscuras y miles de grises hilanderías / son tocados por un radiante sol que asoma repentinamente / ya que el pueblo nos oye cantar: -¡Pan y rosas! -¡Pan y rosas!

Mientras vamos marchando, marchando, luchamos también por los hombres / ya que ellos son hijos de mujeres, y los protegemos otra vez maternalmente / Nuestras vidas no serán explotadas desde el nacimiento hasta la muerte, / los corazones padecen hambre, al igual que los cuerpos / ¡dennos pan, pero también dennos rosas!

Mientras vamos marchando, marchando, gran cantidad de mujeres muertas / van gritando a través de nuestro canto su antiguo reclamo de pan; / sus espíritus fatigados no conocieron el pequeño arte y el amor y la belleza / ¡Sí, es por el pan que peleamos, pero también peleamos por rosas!

A medida que vamos marchando, marchando, traemos con nosotras días mejores. / El levantamiento de las mujeres significa el levantamiento de la humanidad. / Ya basta del agobio del trabajo y del holgazán: diez que trabajan para que uno repose / -¡Queremos compartir las glorias de la vida: pan y rosas, pan y rosas!

Nuestras vidas no serán explotadas desde el nacimiento hasta la muerte;/ los corazones padecen hambre, al igual que los cuerpos / ¡pan y rosas, pan y rosas!”.

²²¹ Zwick, Jim (20 de julio de 2002). Bread and Roses: The Lost Histories of a Slogan and a Poem. «Bread and Roses: Poetry and History of the American Labor Movement». www.boondocksnet.com. Archivado desde el original el 14 de septiembre de 2002.

Supone por tanto y según nuestro punto de vista, la trascendencia de las mejoras económicas a las sociales y culturales que subyacen en la consigna de emparejar el pan y las rosas como símil de unir la necesidad básica y las mejoras en las condiciones de vida, en la calidad del día a día. Es por ello, que el colectivo apela tanto a unos salarios justos como a unas condiciones dignas, a la luz de las luchas laborales basadas en la dignidad y el respeto, como derechos, y no como caridad.

Llevado al ámbito de las personas con discapacidad, tanto éstas como sus familias, tienen derecho a los servicios sociales de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre.

Podemos decir, por tanto, que el Estado del Bienestar aparecerá históricamente después de la Segunda Guerra Mundial, otorgando un papel creciente a los Servicios Sociales pero orientados ya hacia la prevención y a la calidad de vida de la ciudadanía. Es a partir de los años 70, cuando la intervención del Estado en aras de un mayor bienestar social de los/as ciudadanos/as se hace más evidente; sobre todo con la implantación de la Ley General de Educación de 1970 (Ley Villar Palasí) y la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social de 1972.

Entre los años 1983 y 1985 se dieron las primeras transferencias en materia de servicios sociales a las Comunidades Autónomas y aparecieron las primeras leyes en esta materia y se fueron sucediendo las primeras Leyes de Servicios Sociales en las Comunidades Autónomas hasta la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local de 1985. Esta ley reforzará la aproximación de los Servicios Sociales al ciudadano y establece en su artículo 25.2.k. que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de prestación de los Servicios Sociales y de promoción y reinserción social. Señala también, en su artículo 26.1.c, "la obligación de los municipios con población superior a 20.000 habitantes a otorgar la prestación de Servicios Sociales".

Por otra parte, su artículo 36 establece que "son competencias propias de la Diputación la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal, y en su caso supra comarcal", como se verá más adelante.

Supone, por tanto, la normalización de las respuestas a las necesidades de la ciudadanía en general y de los grupos vulnerables en particular. Resulta esencial que no tratemos el tema desde la caridad individual y sumisamente pedida a las leyes o a los presupuestos, sino desde la dotación a estos colectivos

del reconocimiento en el ejercicio colectivo de sus propios derechos, a través de pilares básicos por parte de los poderes públicos, por medio de la legislación y la Coordinación, y de éstos con la ciudadanía como la Actitud y la no discriminación.

Son, podemos decir, recursos esenciales de la era moderna. Aún hoy, en esta fecha y en este siglo y con todo lo que se ha desarrollado en esta tesis, hemos de admitir en consecuencia, que podemos y debemos ser agentes sociales del cambio, para llevar a cabo la respuesta en justicia que la sociedad nos está demandando acerca de las personas con discapacidad y en situación de dependencia y sus familias., “Y si sólo hiciera falta una de ellas, esa es la actitud, sin olvidar que los colectivos son quienes tienen la plena titularidad de sus vidas como auténticos titulares de los Derechos Humanos”²²².

4.1 EL SISTEMA PÚBLICO DE LOS SERVICIOS SOCIALES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA DISCAPACIDAD, LA AUTONOMÍA PERSONAL Y LA DEPENDENCIA.

En los países occidentales, tras la Segunda Guerra Mundial, la intervención del Estado fue decisiva en materias como la Sanidad, la Educación o los Servicios Sociales, gozando así los/as ciudadanos/as de unos niveles de bienestar hasta el momento no logrados. Esta intervención del Estado se centraba en el pleno empleo, un nivel mínimo de vida garantizado y servicios sociales universales.

En España y desde el punto de vista competencial, son necesarios algunos apuntes para entender la cascada de regulaciones en materia competencial. La principal referencia normativa la tenemos en los artículos 148, 149 y 150 de nuestro texto Constitucional. En la propia página de nuestro Parlamento estatal, en un estudio sobre el artículo 149 de la Constitución, ya se nos dice que “el sistema competencial articulado por la Constitución de 1978 se encuadra, a simple vista, dentro del llamado sistema de “doble lista” o sistema germánico, en el que la norma constitucional detalla en dos listas, por un lado, las competencias exclusivas del Estado, y por otro, aquéllas que podrán corresponder a los entes descentralizados”²²³.

²²² Fernando Santos Urbaneja, Fiscal Delegado de Discapacidad de Andalucía, con ocasión de intervenciones en un Foro Andaluz de Bienestar Mental.

²²³ Nuestro sistema de reparto se acerca más al sistema germánico, y se puede resumir de la siguiente manera, con los siguientes caracteres: “Las competencias exclusivas del Estado, según el art. 149 de la Constitución. Las competencias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas, según el art. 148 de la Constitución.

Algunos apuntes sobre la Evolución de la Protección Social y de los Derechos Civiles de las personas con discapacidad en España, empiezan a situarse en los años sesenta, destacando el importante peso del sector privado en la prestación de servicios sanitarios, educativos y sociales. En 1957, Cáritas Nacional crea la Sección Social nació con el claro objetivo de superar la beneficencia pública y desarrollar los servicios sociales; será en 1963, cuando la protección pública del Estado español cree el Sistema de la Seguridad Social con prestaciones básicas y complementarias, en las que se verán incluidos los servicios sociales y prestaciones de asistencia social de la Seguridad Social²²⁴.

En todo caso, esa misma vertiente más pedagógica del texto constitucional, encontraba su apoyo en declaraciones y textos normativos de ámbito internacional de la época, unos generales y otros más específicos, sobre derechos sociales, como: Carta Social Europea de 1961, Declaración de los Derechos del Deficiente Mental de la ONU de 1971, o Declaración de los Derechos de los Minusválidos de la ONU de 1975. Pues bien, el resultado fue de un tenor literal muy enérgico que no pretendía una protección convencional de las personas con discapacidad, que se hubiera limitado a aspectos parciales, sino una protección integral, esto es, que vaya desde las meras medidas reparadoras a la integración social en todas sus potencialidades. En el precepto constitucional citado se está expresando un compromiso, pero un compromiso destinado a ser plenamente efectivo y que, de serlo efectivamente, tenía como finalidad colocar a España entre los países que se encuentran a la cabeza en la promoción de las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica.

La potencialidad del art. 49 ha permitido, con el transcurso del tiempo, evolucionar hacia otros enfoques más globales y entroncados con la esencia de los derechos humanos y con los principios de dignidad, igualdad y no discriminación. Más allá del art. 49, el artículo 10.2 CE garantiza la evolución del mandato constitucional conforme a los estándares internacionales, sin olvidar que su ubicación en el capítulo III del Título I CE no es contradictoria con el reconocimiento de un derecho social fundamental a la plena integración social de las personas con discapacidad a partir de su derecho a la libertad e igualdad plenas –sin los que no se entiende el respecto a su dignidad– y para cuya efectividad se impone el mandato a los poderes públicos de adoptar políticas específicas²²⁵.

Podemos concluir que mientras en lo constitucional, se proclaman tanto los principios esenciales como sus competencias y exigencias, la regulación específica de la materia de la discapacidad en lo internacional, se manifiesta con

²²⁴ Sanz Cintora, A: Acción Social y Trabajo Social en España. una recisión histórica. Rev. Acciones e Investigaciones Sociales N 13, 2001. Pp 5-42

²²⁵ Op Cit. Olaete Encabo, S., p.111

carácter de toma de decisiones, salvaguardas y progresismo público para los Estados.

El tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad en el plano del derecho internacional y la Unión Europea, así como dentro de nuestro país, permiten articular un planteamiento que le da un nuevo enfoque y orientación a la interpretación de los derechos sociales, en concreto respecto del colectivo de las personas con discapacidad. Así, destacamos:

A.- La Ley de Integración Social de los Minusválidos (conocida como LISMI)

En efecto, la primera ley postconstitucional a favor de las personas con discapacidad fue la Ley de Integración Social de los Minusválidos, Ley 13/82, de 7 de abril, en la cual, y de conformidad con su artículo primero, todo el fundamento constitucional pivotaba sobre el artículo 49 de la Carta Magna. Dicha Ley contiene un mandato claro al legislador y encierra un marcado carácter prestacional que persigue facilitar medios e instrumentos a personas con discapacidad para hacer frente a las dificultades derivadas de la discapacidad misma²²⁶. Esta configuración prestacional de este derecho social trae al menos, en cuanto a su eficacia, las siguientes consecuencias jurídicas. Por un lado, para los sujetos obligados a desarrollar dichas prestaciones son los poderes públicos y no los sujetos privados (individuos, empresas, organizaciones, etc.) con lo cual el alcance del mandato es muy limitado. Por otro lado, en el contenido de las prestaciones, e incluso la estabilidad misma del mantenimiento de estas, depende enteramente de la discrecionalidad del legislador; por ello, la oferta de prestaciones dependerá de las disponibilidades económicas, de las preferencias o sensibilidades u orientaciones políticas del legislador. Junto a ellos, los mecanismos de garantía y protección serán exclusivamente los contemplados en el artículo 53.3 de la Constitución dada la ubicación de la protección de las personas con discapacidad en el artículo 49 que se encuentra dentro del Capítulo III del Título I²²⁷

La posición mayoritaria doctrinal y jurisprudencial sobre este precepto nos lleva a dos conclusiones claras:

²²⁶ Este mandato a los poderes públicos exige una acción positiva de aquéllos en favor de este colectivo de personas. (Obsérvese que de la propia estructura de la Ley se infiere fácilmente su contenido prestacional en cuanto a las prestaciones sociales y económicas, cooperación, diagnóstico, rehabilitación, empleo, servicios sociales, etc.).

²²⁷ "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

- El legislador y los demás poderes públicos han de tener en cuenta el contenido de dicho derecho si bien el margen de discrecionalidad del legislador es muy amplio; la regulación puede producirse mediante ley ordinaria, estatal o autonómica, en función del reparto de competencias y sin perjuicio del ejercicio por el Estado de la competencia del 149.1.1^a de la C.E.

- Por contraste con los derechos fundamentales contemplados en los artículos 14 a 29 de la Constitución, los derechos sociales, incluido el de protección de las personas con discapacidad, no son invocables directamente ante los tribunales y, aún más, su invocabilidad solo se podrá formular en los términos estrictamente que la ley reconozca.

B. La Ley de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal. (conocida como LIONDAU).

Marca el cambio del enfoque clásico tradicional que experimentó, en la primera década de este siglo, una mutación que permite formular un nuevo enfoque de los derechos de las personas con discapacidad como derechos fundamentales. El cambio pivota sobre la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal (en adelante LIONDAU).

Desde la exposición de motivos dicha Ley extiende de manera extraordinariamente amplía sus fundamentos constitucionales hasta cobijarse bajo la protección de los artículos 14 (igualdad de oportunidades y no discriminación), 9.2 (igualdad material y participación) y 10 (dignidad de la persona). En claro contraste con la LISMI, de marcado carácter prestacional, la LIONDAU va mucho más lejos y ya no persigue la solución de los problemas personales de la persona con discapacidad (siguiendo el modelo médico/rehabilitador histórico) sino que actúa directamente sobre los obstáculos y dificultades, es decir contra el entorno (modelo social) por considerar que es la sociedad la que tiene que activar las condiciones generales para todos, que permitan el pleno disfrute de los derechos fundamentales a todo ciudadano, cualquiera que sea su circunstancia personal. Ello desemboca en dos nuevas estrategias: la estrategia de lucha contra la discriminación y la de accesibilidad universal:

a) La estrategia de lucha contra la discriminación es, en este caso, la misma que la seguida por otros grupos o minorías que han luchado históricamente en las últimas décadas por la igualdad efectiva de sus derechos humanos y fundamentales²²⁸. Frente a la acción positiva que caracterizó a las dos anteriores,

²²⁸ En este caso, la accesibilidad universal persigue la vida independiente del ciudadano con discapacidad mediante el cumplimiento de esta condición que se debe cumplir por parte de los

se destaca en la evolución el objetivo que persigue la igualdad de oportunidades. Esto podemos considerar, supone la suma de los factores de la acción positiva, la no discriminación y la accesibilidad universal. Este cambio de perspectiva tiene una enorme relevancia en la configuración y materialización de los derechos de las personas con discapacidad. Este avance, conlleva que la cobertura constitucional no se circunscribe únicamente al artículo 49 sino que, como ya se ha dicho, se amplía y potencia con base en los artículos 14, 9.2 y 10 de la C.E. A su vez, comporta las siguientes consecuencias o efectos jurídicos:

- Los sujetos obligados ya no son solamente los poderes públicos, sino que la obligación alcanza también a los sujetos privados (personas físicas o jurídicas) en los términos que en cada caso impone la ley.

- El contenido de las prestaciones y el alcance de las obligaciones no dependen de la discrecionalidad del legislador que ya no podrá desconocer ni limitar injustificadamente estos derechos, puesto que ahora las garantías se resitúan en el entorno del artículo 53.2 de la Constitución que obliga a la consideración y respeto del contenido esencial del derecho²²⁹. Al contrario de lo que ocurre con el artículo 49 que sólo tiene un carácter de información al legislador, a la administración y a la práctica judicial, el artículo 14 vincula a todos los poderes públicos que no pueden desconocerlo y están sometidos a él, posibilitando, cualquier vulneración en tal sentido, el acceso a la protección constitucional a través del amparo ordinario y constitucional.

Podemos decir, por tanto, que ya no estamos ante la protección de los derechos específicos de un colectivo como el de las personas con discapacidad, sino ante la protección general y extensa en favor de estos ciudadanos para posibilitarles que ejerzan y materialicen el amplio conjunto de derechos fundamentales reconocidos a todo ciudadano. Además, la protección de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de este nuevo enfoque tiene efectos para terceros sean públicos o privados.

b) El derecho a la Accesibilidad Universal, posee un nuevo enfoque que extiende y amplifica la protección a los derechos de las personas con discapacidad, robusteciendo todo tipo de garantías y especialmente las

entornos, productos, y servicios para que sean comprensibles y utilizables por todos y especialmente por las personas con discapacidad.

²²⁹ "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional."

jurisdiccionales con el diseño de procesos libres de barreras y teniendo la accesibilidad cognitiva como bandera en un marco de actuación antes impensable.

Desde la consideración de la igualdad de oportunidades, su cumplimiento se posiciona como reacción ante la inactividad del legislador y de las administraciones públicas o de los particulares; la ordenación de nuevas garantías frente a cualquier tipo de violación de estos derechos; el fortalecimiento de la participación más real y efectiva de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en las políticas legislativas y administrativas.

Todo ello desemboca en el cuadro de infracciones y sanciones a través de una nueva norma que se aprueba, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que permite la utilización de un instrumento coactivo para facilitar el cumplimiento de la ley.

Según la organización político-administrativa de nuestro país, a la hora de hablar de las Administraciones Públicas (en adelante AA.PP.), en los procesos en los que intervienen, es necesario distinguir varios aspectos:

- Se deben visualizar las competencias desde el marco de referencia de la CE como hemos visto.
- Se limitarán las actuaciones según el ámbito concedido, esto es, de manera total desde la gestión a la aplicación, o de manera parcial desde el desarrollo y mejora de la materia. Así serán las competencias atribuidas de forma total o parcial.
- Además del marco regulador, las normativas deben contar, en su desarrollo, con el espíritu para el que fueron creadas y bajo el paraguas del Estado Social y Democrático en Derecho que nos ampara y obliga.

4.2. LAS ENTIDADES LOCALES. LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

El cambio de las Entidades Locales (en adelante EE,LL,) ha sido importante desde sus inicios como valedor de la ordenación en materia de competencia local, hasta el cambio llevado a cabo en los últimos tiempos. Para poder tener una visión de conjunto, es necesario hacer una mención concreta en la materia de discapacidad en su recorrido, así se podrá entender el valor y la importancia de la administración de cercanía como primera puerta de acceso a los Derechos Sociales de la ciudadanía.

Entre los años 1983 y 1985 se dieron las primeras transferencias en materia de servicios sociales a CC.AA. y aparecieron las primeras leyes en esta materia y se fueron sucediendo las primeras Leyes de Servicios Sociales en las Comunidades Autónomas hasta la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local de 1985. Esta ley reforzará la aproximación de los Servicios Sociales al ciudadano y establece en su artículo 25.2.k. que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de prestación de los Servicios Sociales y de promoción y reinserción social. Señala también, en su artículo 26.1.c, "la obligación de los municipios con población superior a 20.000 habitantes a otorgar la prestación de Servicios Sociales".

Por otra parte, su artículo 36 establece que "son competencias propias de la Diputación la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal, y en su caso supra comarcal". La Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (en adelante LBRL), regulaba las competencias de los municipios, entre las cuales se reconoce la de prestar "*los servicios sociales, de promoción y reinserción social*". A su vez, esta normativa establece que los ayuntamientos de más de 20.000 habitantes tienen la obligación de prestar servicios sociales, aunque no se especifica en qué consisten ni tampoco quienes son las personas beneficiarias.

La atención primaria incluye, además, los programas de urgencias y emergencias sociales y la atención a los sectores y a los colectivos con problemas sociales específicos (personas sin hogar, drogodependientes, etc.). Este conjunto de servicios, completan los Servicios Sociales Especializados, que constituyen el segundo nivel de atención²³⁰.

²³⁰ Por lo tanto, a las Entidades locales les corresponden varias funciones esenciales en el procedimiento y cuya realización generó una sobrecarga considerable en los profesionales del trabajo social de los Ayuntamientos que realizaban: a) La valoración de las personas que

Los efectos acarreados por esta larga situación llevaron a la detección de una administración que estaba sobrecargada de trabajo sin la dotación presupuestaria ni de recursos humanos para ello. En este sentido, se llevó a cabo La Conferencia de Presidentes de CC.AA., celebrada El 17 de enero de 2017 en el Senado y cuyos acuerdos fueron, entre otros, los siguientes: La necesidad de una reforma del modelo de financiación autonómica para lo que se creará una Comisión de Expertos en el plazo de un mes.

El objetivo es que las CC.AA. alcancen "el máximo consenso" a lo largo 2017 para cambiar el sistema actual. Esto supuso uno de los debates del día en la Cámara Alta. La Comisión analizará, "dada la especial sensibilidad que generar los servicios vinculados a la dependencia ", varias cuestiones:

- 1) Un Estudio de los actuales mecanismos de financiación de la LAAD.
- 2) Evaluación de su adaptación a las necesidades de las prestaciones asociadas a la dependencia.
- 3) Análisis de la situación del sistema de dependencia que determine la situación actual, su sostenibilidad, y la financiación por parte del Estado.
- 4) Actualización de las principales variables del coste y evolución del gasto sanitario, así como "como su reflejo en modelo propuesto ".
- 5) Abordará la reforma de financiación de las Entidades Locales en colaboración con la Federación Española de Municipios y Provincias, cuya propuesta tendrá que someterse a la aprobación de la Comisión Nacional de Administración Local.
- 6) Bajo la coordinación del Ministerio de Hacienda y Función Pública. El Comité Técnico Permanente de Evaluación y, posteriormente, el Consejo de Política Fiscal y Financiera, al que se encomienda el seguimiento de este acuerdo.

Después de varias versiones de Anteproyecto de Ley y un relevante Dictamen del Consejo de Estado²³¹, el Proyecto de Ley del Gobierno presentado en el verano de 2013 y tras su andadura parlamentaria, fue publicado en el BOE el 30 de diciembre ²³²como Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL) que inaugura una nueva etapa en la historia normativa de la regulación de los Gobiernos y Administraciones Locales.

demandaban la situación de dependencia, la realización y propuesta del Plan Individualizado de Atención (en adelante PIA); participar en la gestión de servicios a las personas dependientes.

²³¹ EDD 2013/121977

²³²En su tramitación parlamentaria, sin modificaciones de relevancia en cuanto a su contenido nuclear se refiere,

Tras la entrada en vigor de esta ley, se cambia el ámbito competencial de las EE.LL., pues tendrán que desarrollar aquellas competencias que le hayan sido atribuías expresamente, ya sean como propias, o ya sean de forma delegada. No obstante lo anterior, y en base a ser la puerta de la Administración más cercana a la ciudadanía, se pone en el texto una especie de competencia funcional excepcional y condicional. Excepcional al realizar actuaciones más allá de lo expreso o delegado y condicional en función del gasto que genere, pues no podrá ser tan excesiva que altere el equilibrio presupuestario municipal²³³.

Continúa el informe de la ley llevado a cabo por la Dirección General de los Servicios Jurídicos y Coordinación Territorial de la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante FEMP), solucionando los efectos transitorios de las competencias y establece que para el caso de la competencia excepcional y condicional que hemos denominado, se deberá llevar a cabo una solicitud previo expediente oportuno. Este requisito, nos puede parecer un efecto retroactivo de la ley que puede llevar a cabo algún que otro problema si el expediente que se debe presentar tuviera una resolución negativa. Sin embargo, el hecho de que la nueva actividad consista en “presentar” un informe y no en obtener una resolución favorable, parece sosegar la retroactividad negativa, en caso de producirse, ya que parece quedarse en una obligación meramente administrativa de control justificativo.

Con el término tanto en el modelo constitucional como en el internacional -Carta Europea de Autonomía Local²³⁴- las entidades locales, se han configurado y protegido como una entidad de poder político con un mayor campo de actuación y compromiso que tiene su fundamento en la materialización del principio de participación ciudadana que supone un cauce inmediato y cercano a la ciudadanía del municipio.

En base a ello, en la LRSAL, se plantea la necesidad de una modificación de la ordenación institucional de los municipios, básicamente en dos direcciones:

- Una, la limitación de la legitimación para realizar competencias no directamente atribuidas por la Ley, por motivos fiscales. Y

²³³ Sin alterar la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y no se incurre en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.

²³⁴EDL 1985/11630

- Dos, el apoderamiento normativo de la Provincia para la ejecución de competencias municipales, fundamentalmente respecto a los municipios de menor capacidad.

El análisis normativo, nos lleva a varias consideraciones:

- A. Por un lado, observamos que, la elección del propio título de la norma no debe pasar inadvertida y, así, el término “racionalización” se define en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como *“acción y efecto de organizar la producción o el trabajo de manera que aumente los rendimientos o reduzca los costos con el mínimo esfuerzo”*.
- B. Por otro lado, podemos pensar que la evolución de la actividad en materia de intervención, sobre todo en discapacidad y en dependencia, pudo llevar a cabo este reconocimiento oportuno de organización y eficiencia, sin embargo, el título, no obstante, no se incluye el término “ordenación” como acción y efecto de colocar de acuerdo con un plan o de modo conveniente o encaminar y dirigir a un fin, ni de la acepción *“mandar que se haga algo, imponer su voluntad o su autoridad con rigor”*. también acompañan el texto normativo en la medida en que asigna efectos a determinados incumplimientos de las reglas que contiene²³⁵.

Volvemos, pues a plantear el necesario reconocimiento de los derechos, en nuestro caso a la Autonomía Personal y la Vida Independiente, que requieren de la dotación de recursos suficientes.

En materia de servicios sociales, la competencia que en sentido amplio se contenía en la redacción previa de la LRBRL, donde ponía *“Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”*, se ha sustituido por el nuevo concepto de *“evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”*.

En este ámbito, la Disp. Transitoria 2ª determina con fecha 31 de diciembre de 2015, las CC.AA. asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social, lo que implica -como expresamente se indica- la “cobertura inmediata de la prestación”. Pero dicha asunción se realizará -se indica- en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de

²³⁵ Pese a la falta de rigor técnico al referirse a la Hacienda Municipal y no a la Provincial o Insular, lo que ha de destacarse es la relevancia de que con este nuevo modelo la decisión del ente local no es ni suficiente ni habilitante, sino que está condicionada a la existencia de control previo por parte de otros niveles de Gobierno.

financiación autonómica y de las Haciendas Locales y ya sabemos que, sobre todo en materia de derechos sociales, los textos condicionales a otra norma posterior, puede implicar una debilidad en el nuevo Sistema.

En definitiva, la cuestión gira en torno al fundamento competencial, según un prisma totalmente personal, debido al hecho de la asunción creciente de importancia activista y presupuestaria después, de una administración local in crescendo. Tras la reforma legislativa, la distribución de las competencias a nivel municipal, según el actual artículo 7 de la LBRL, supone que las competencias de las entidades locales serán: a) propias; b) delegadas, o c) distintas de las propias y atribuidas por delegación²³⁶.

Como referencia a las competencias propias y según establece el apartado 2 del artículo 25, el Municipio ejercerá “en todo caso” como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias.

Las competencias que emanen de las mismas habrán de ser determinadas por leyes que evalúen la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, previendo la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales, garantizando que no se produzca una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública (art. 25.3)²³⁷.

²³⁶Desaparece, por tanto, las complementarias al haber sido derogado el artículo 28, o más propiamente, haberse transformado estas en las denominadas distintas de las propias y atribuidas por delegación, reguladas en el apartado 4 de dicho artículo 7.

²³⁷Las materias son las siguientes: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación; b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas; c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad; e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social; f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios; g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano; h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local; i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante; j) Protección de la salubridad pública; k) Cementerios y actividades funerarias; l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre; m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales; n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local

La atribución de esta competencia deberá hacerse por ley, según los apartados 4 y 5 del propio art. 25, con varias exigencias:

1.- Deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad.

2.- La Ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas.

3.- Los proyectos de leyes estatales se acompañarán de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios antes señalados.

Finalmente, en el punto 5, se establece una cláusula de garantía que la Ley determinará la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública.

Respecto a las competencias delegadas, se destacan una serie de apartados esencialmente de índole económica. En especial, el artículo 27 de la LBRL, contiene dos elementos novedosos importantes:

-Uno en su apartado 6 al hablar de una especie de gestión de financiación (más que de garantía). Y

-Dos, en el artículo 57 bis al introducir una garantía de pago de estas.

En materia de financiación, hablamos de especie de garantía porque, lejos de lo que se proclamaba en las intenciones por parte del legislador, la delegación de competencias no ha ido acompañada del 100% de la aportación, sino que en la redacción final se utiliza la terminología jurídica, social y económicamente indeterminada, al hablar de "financiación suficiente". En este apartado surge la cuestión en torno a lo que deba entenderse por financiación suficiente, así como quién lo determina, exactamente.

Consideramos, que se puede llegar a pensar que nada habrá cambiado, con respecto al número Uno, si entienden las CC.AA., por ejemplo, que un 20%

destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial; ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

de ayuda económica es suficiente para las EE.LL. En el Dos, la garantía de pago prevista en el artículo 57 bis de la LBRL, consistente en la autorización a la AGE de aplicar retenciones en caso de incumplimiento de sus compromisos por parte de la Comunidad Autónoma por no realizar el abono correspondiente en tiempo y forma exigible.

Se hace necesario poner de relieve que esta forma, lejos de acelerar los procesos, prosigue a un procedimiento ordinario previo, con sus alegaciones y recursos, ya que es una cláusula obligatoria en todos los instrumentos de delegación de competencias.

Podemos concluir, que, hasta tanto no se regule de manera más concreta, podemos llegar a pensar que puede suponer un ingreso no tan significativo en el plazo de cobro efectivo de las cantidades pendientes.

En el caso del pago por anticipado, por ejemplo, no se incluye en toda esta regulación de competencias delegadas es el anticipo a cuenta o el pago anticipado por parte de las CC.AA. de la financiación que a ellas les corresponde, por lo que serán las propias arcas municipales, generando no pocos inconvenientes presupuestarios.

Sus consecuencias se determinan con el artículo 116 bis introducido por la LRSAL, dicha situación de desequilibrio les supondrá dejar de prestar aquellas competencias que no les sean propias ni ejercidas por delegación, e incluso, hasta las propias que no estén entre las obligatorias del artículo 26 de la LBRL.

La solución posible para que el sistema fluya, pensamos, que parte porque las CC.AA. anticipen su aportación o la pagasen en el momento designado y así, quizá se evitara esta situación, más aún cuando tienen mecanismos de transferencias de fondos autonómicos y pueden realizar el reintegro en caso de incumplimiento por parte de los Ayuntamientos.

Tras la publicación en el BOE, el 30 de diciembre de 2013, de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL), que afecta a diversos ámbitos orgánicos, convencionales, competenciales, económico-financieros, corresponde ahora a los gobiernos y administraciones locales (municipales y provinciales, principalmente) adaptarse a sus previsiones, dentro de los plazos que la misma marca. Aunque la LRSAL supone un avance en muchas de las materias competenciales, creemos que es necesario seguir trabajando para una solución por medio de una ley de financiación local específica que evolucione en las soluciones de interdependencia piramidal.

En orden a las competencias distintas de las propias y atribuidas por delegación²³⁸, uno de los principios inspiradores de la nueva regulación es el de “una Administración, una competencia” contenida en el nuevo artículo 7,4. para la exigencia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que regula.

Al enlazar la labor de los Ayuntamientos con las prestaciones de servicios, incluidos algunos de A.P. que se han llevado a cabo en España y se verá en el apartado correspondiente, se exige en el art. artículo 116 bis.

Como dice el profesor Vila, más allá de renunciar a satisfacer las demandas de sus ciudadanos, las entidades locales se lanzan en busca de soluciones. Pero de unas soluciones que carecen de un marco adecuado o general que otorgue una guía o una cierta seguridad jurídica a las actuaciones que se llevan a cabo²³⁹.

Así, en el ámbito, por ejemplo, de la planificación económico-financiera destacan varios aspectos:

1º. Cuando por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, las corporaciones locales incumplidoras formulen su plan económico-financiero lo harán de conformidad con los requisitos formales que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

2º. Adicionalmente a lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el mencionado plan incluirá al menos las siguientes medidas:

- a) Supresión de las competencias que ejerza la Entidad Local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación.

²³⁸ Eran llamadas competencias impropias en los borradores de anteproyecto de la LRSAL y que vienen siendo las que hasta su entrada en vigor recogía el derogado artículo 28 de la LBRL de competencias complementarias así como las asumidas por la hasta entonces también vigente habilitación general del artículo 25.1 según la cual el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, podía promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyesen a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. Ahora esto se recoge en un procedimiento inspirado en las máximas “una Administración una competencia” y en la exigencia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, regulado en el nuevo artículo 7,4.

²³⁹ Vila Tierno, F., «Las competencias de empleo en el ámbito local. La regulación en España», en Álvarez Cortés (Dir.) y Vila Tierno (Coord.), Las políticas de empleo en el ámbito local. Especial atención a colectivos desfavorecidos: jóvenes, mayores y discapacitados, Málaga, AMES, 2017, p. 14.

- b) Gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la Entidad Local para reducir sus costes.
- c) Incremento de ingresos para financiar los servicios obligatorios que presta la Entidad Local.
- d) Racionalización organizativa.
- e) Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el período medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.
- f) Una propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia.

Tres. La Diputación provincial o entidad equivalente asistirá al resto de corporaciones locales y colaborará con la Administración que ejerza la tutela financiera, según corresponda, en la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económicos-financiero.

La Diputación o entidad equivalente propondrá y coordinará las medidas recogidas en el apartado anterior cuando tengan carácter supramunicipal, que serán valoradas antes de aprobarse el plan económico-financiero, así como otras medidas supramunicipales distintas que se hubieran previsto, incluido el seguimiento de la fusión de Entidades Locales que se hubiera acordado.”

Así podemos distinguir una serie de medidas de carácter previo como informes, certificaciones y formulaciones de planes económicos financieros. Otra serie de recursos de negociación como los establecidos en el art. 1.diecisiete de la LRSAL que modifica el artículo 57 bis LBRL sobre “Garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas” y la DA 9.^a de la LRSAL sobre “Convenios u otros instrumentos de cooperación entre Estado y CCAA con las entidades locales sobre ejercicio de competencias y servicios municipales.

La reforma en profundidad que introduce la LRSAL, se encuentra en la en la nueva redacción del artículo 25 de la LBRL, y por lo tanto, la nueva concepción que del mismo puede desprenderse del principio de autonomía local. Se establece que para la gestión de sus intereses, los Municipios pueden promover las actividades y los servicios públicos que tengan como competencia, con la finalidad de contribuir y satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos que el propio artículo determina, detallando hasta 15 actividades como propias que deberán ser tramitadas como Ley debiendo evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales

conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera (apartados 2 y 3).

Por lo tanto, se aleja de las indeterminaciones anteriores toda clase“ de actividades y prestar “cuantos servicios públicos” contribuyan al bienestar vecinal. Esto, puede conllevar la práctica desaparición de la autonomía municipal como habilitación general para la prestación de las actividades y servicios mencionados en el punto 2, resultando con ello un recorte importante al catálogo competencial y, por ende, al principio de autonomía municipal²⁴⁰.

Se deduce del texto, la naturaleza de *numerus apertus* de sus apartados. Efectivamente, el primero de los puntos por determinar en este nuevo mapa de competencias municipales, es determinar si el listado es o no *numerus clausus*.

Varias son las consideraciones que nos surge al respecto. Primera el término “en todo caso”, parecería indicarnos que no se trataría de una relación cerrada. Segunda, el hecho de que se remita a la legislación autonómica puede hacernos pensar que es otra vía para ampliar las materias referidas. Tercera, en la comparativa con las competencias provinciales, el texto legal, establece en su artículo 36 que “son competencias propias de la Diputación o entidad equivalente las que le atribuyan en este concepto las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública”.

Consideramos el *numerus apertus* como clave del avance legislativo en la materia, recordando la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) nº 32/1981, de 28 de julio, que establece que la autonomía local hace referencia a la distribución territorial del poder del Estado en el sentido amplio del término, y “ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le

²⁴⁰Así se dispone al decir que: “1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.

2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: a) Urbanismo: planeamiento, b) Medio ambiente urbanoc) Abastecimiento de agua potable d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad. e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social f) Policía local, protección civil, g) Tráfico, Transporte colectivo urbano. h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.i) Ferias, abastos, mercados, j) Protección de la salubridad pública. k) Cementerios. l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre. m) Promoción de la cultura n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria ñ) Promoción de las tecnologías de la información y las comunicaciones.”.

atañen” (F.J. 4º), constituyendo en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal²⁴¹.

En nuestra Constitución, al respecto, encontramos los artículos 137, 140 y 141 contienen una garantía institucional de las autonomías provincial y municipal, en el sentido de que no prejuzgan su configuración institucional concreta, que se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el mínimo esencial que la Constitución garantiza. Podemos concluir que la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, sino la preservación de una institución en pro de los intereses locales en términos que no se les prive de sus posibilidades de existencia real y efectiva. En este sentido se manifiesta la STC 159/2001, de 5 de julio, al decir que “so pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno” (F.J. 4). Aunque esta situación no pueda deducirse de la nueva regulación, la mención obedece al dato objetivo del necesario límite de injerencia.

Así, este Tribunal ha señalado que la garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo su territorio.

La fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas, ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario. En el respeto de esas condiciones básicas, por tanto, las Comunidades Autónomas podrán legislar libremente.

²⁴¹Esta doctrina es posteriormente reiterada, entre otras, por las SSTC 27/1987, de 27 febrero, 170/1989, de 19 octubre, ó 109/1998, de 21 mayo). Esta noción es muy similar a la que luego fue acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (ratificada por España en 1988), cuyo artículo 3 (Concepto de la Autonomía Local), establece que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

Como titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada, las comunidades locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de ese derecho, tanto más cuanto que el mismo no va acompañado como en otros ordenamientos sucede, de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de Ley”²⁴² de la antes citada Sentencia 32/1981, de 28 de julio).

Sigue la Sentencia advirtiéndole de que cuando se trata de legislar sobre cuestiones que conciernen directamente a la composición, estructura y competencias de los entes territoriales y de sus órganos de gobierno y administración, deben las CC.AA. respetar las bases establecidas por la legislación vigente²⁴³.

En la STC 1/1982, de 28 de enero, al decir que *“lo que la CE persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la CE y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia”* (F.J. 1º), doctrina esta reiterada en otras Sentencias, entre ellas la 48/1988, de 22 de marzo.

También insiste en ello en la Sentencia 109/1998, de 21 de mayo, reiterada después, entre otras, en las SSTC 213/1988, de 11 de noviembre y 259/1988, de 22 de diciembre, según las cuales mediante la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, el legislador estatal ha ejercitado la competencia que le atribuye el artículo 149.1.18. de la CE, estableciendo a tal propósito unas bases del régimen jurídico de la Administración Local, de aplicación directa en todo el territorio nacional, que sirven, precisamente, para la determinación concreta del régimen local autónomo.

Aquí parece incluso más claro el mandato constitucional de que la *“determinación concreta del régimen local autónomo”* viene establecido por las bases aprobadas por el Estado, y por lo tanto su margen de maniobra será en desarrollo de estas, como no puede ser de otra manera, si hablamos de equidad institucional.

²⁴² F.J. 5º.

²⁴³ F.J. 6º.

Varios son los puntos de referencia. Por un lado, la doctrina constitucional parece tener su fundamento en la defensa de la Autonomía Local tal y como se ha visto, en una versión amplia por parte de la legislación estatal y frente a la más restrictivas por parte de las CC.AA. La primera, supone determinar cuál es la naturaleza entre competencias prestacionales de las Administraciones. La segunda que se determinen a partir de la entrada en vigor de la LRSAL cuáles habrán de ser reguladas por ley que evalúe la conveniencia de su implantación conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera. La tercera cuestión, es concretar que se prevea la dotación de los recursos necesarios y garantice que no se produce una atribución simultánea a otra Administración Pública²⁴⁴.

En cuanto a las competencias propias que se venían ejerciendo con anterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL éstas podrán seguir ejerciéndose, en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad de la entidad local, atendiendo a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas²⁴⁵ sin más limitaciones que la aplicación sobre el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto a la hora de prestar todas estas competencias o solamente aquellas a las que pueda hacer frente, y sobre el coste efectivo de los servicios.

Por otra parte, está la sanción por las CCAA de las competencias relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud (DT 1.ª LRSAL) Antes del 31 de diciembre de 2018, las CCAA asumirán la titularidad de forma gradual, un 20% cada año, sin perjuicio de una posible delegación a las entidades locales. Si las CCAA no asumen esta forma graduada, deberán efectuar la oportuna contraprestación o, en caso contrario, se retendrán en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación.

La asunción por las CCAA de las competencias relativas a servicios sociales (DT 2.ª LRSAL) que determina que a partir del 31 de diciembre de 2015, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las haciendas locales, las CCAA asumen la titularidad, debiendo elaborar previamente un plan, sin perjuicio igualmente de la posible delegación a las entidades locales. Si a partir de esa fecha la CCAA no asume el servicio, o no delega, este lo sigue prestando el municipio o la Diputación, si bien las CCAA habrán de transferir las cuantías precisas para ello; de no ser así, se aplicarán las retenciones pertinentes de su sistema de financiación.

Finalmente, y como una somera referencia por exceder al marco jurídico de nuestra investigación, hay que mencionar que existen apartados específicos como lo de los Consorcios que está en las DDAA 13.ª y 14.ª, DT 6.ª y DF 2.ª

²⁴⁴ Tal y como preceptúan los apartados 3, 4 y 5 del citado artículo 25.

²⁴⁵ art. 7,2 LBRL.

LRSAL; la Mancomunidades de municipios en la DT 11.^a LRSA y, por último. Las Entidades de ámbito territorial inferior al municipio, que se constituyan a partir de la entrada en vigor de la LRSAL, no gozarán de la condición de entidades locales, según las DDTT 4.^a y 5.^a LRSAL.

Por lo que respecta a las competencias delegadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas, según la previsión del artículo 7,3 de la LBRL estas se regirán por lo establecido al respecto en el artículo 27. A tal efecto, aquellas competencias que se deleguen con posterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL habrán de ir encaminadas a mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acordes con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, debiendo determinar el alcance, contenido, condiciones y duración, que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante, debiendo ir acompañadas en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación²⁴⁶.

El coste efectivo de los servicios es un concepto introducido por la LRSAL en sustitución de aquel coste estándar que contenían los borradores anteriores a la ley y que tan demoledoras críticas tuvo del Consejo de Estado en su Dictamen de 26 de junio de 2013²⁴⁷.

Por último, y en base a todo lo anterior, se puede empezar a plantear el Servicio de Asistencia Personal (en adelante el SAP), en los Ayuntamientos. En base a ello, el ámbito de intervención de los Derechos Sociales, la planificación y los modelos más coherentes con las necesidades de la población, tienen un marco de actuación referencial que vamos a centrar en la Convención, la LGDPD y la LAAD. Esta planificación municipal ha sido destacada en algunos municipios españoles con la participación de las organizaciones del tercer sector en lo referente al diálogo civil y a los proyectos piloto, con un resultado muy positivo en la mayoría de los casos²⁴⁸.

²⁴⁶ En cuanto a las competencias delegadas que se venían ejerciendo con anterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL les será de aplicación lo establecido al efecto por el nuevo artículo 57 bis de la LBRL

²⁴⁷Número de expediente: 567/2013 (Hacienda y Administraciones Públicas) Referencia: 567/2013 Procedencia: Hacienda y Administraciones Públicas Asunto: Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Fecha de aprobación: 26/06/2013.

²⁴⁸ En este sentido menciono mi participación como técnico de referencia en el modelo de Asistencia Personal del Ayuntamiento de Barcelona, donde pude comprobar de primera mano una implicación tanto a nivel nacional como internacional.

Se trata, en definitiva, de una promoción de la autonomía que lleve a cabo acciones para: Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza. Asegurar, igualmente el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados²⁴⁹. Varias son las finalidades;

- a) Que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Que tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades²⁵⁰.

Junto a lo anterior, podemos añadir las denominadas medidas de acción positiva, las de accesibilidad universal y no discriminación, así como las estrategias de sensibilización y concienciación. Pensamos, que quizás puedan ser el paso para que las actitudes y las relaciones que la sociedad establece para la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad puedan cambiar²⁵¹.

4.3. DE LA SUSTITUCIÓN DE LA VOLUNTAD A LOS APOYOS PARA HACERLA VISIBLE: LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Uno de los efectos principales que encontramos en el desarrollo de materias específicas destinadas a personas con discapacidad, es la dotación presupuestaria particularizada. Como señala Díaz certeramente, ello supone, el reconocimiento formal de unos derechos sociales, y esos derechos sociales han evolucionado, articulándose como mecanismos de acción y de transformación

²⁴⁹ artículo 28 de la Convención.

²⁵⁰ artículo 28 de la Convención

²⁵¹ Díaz Velázquez, E., El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España. Un estudio sobre la desigualdad por razón de discapacidad. Madrid. Editorial Cinca. 2018, pág. 219.

del entorno para la eliminación de obstáculos y barreras estructurales, orientados a la no discriminación y la igualdad de condiciones y de oportunidades.

El marco legislativo español, materializó las constantes exigencias de las organizaciones del tercer sector, de los operadores jurídicos y de las AA.PP. en el ámbito civil y de la discapacidad que, aunque no sea nuestra especialidad, no podemos dejar de comentar debido a su importancia. Ahora, lo que se impone es la Promoción de la Autonomía de las personas con discapacidad. Así, el 3 de septiembre entra en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁵².

La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención en lo esencial de autonomía y reconocimiento de igualdad, dando para ello cabida a la nueva configuración de los apoyos que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Según su exposición de motivos, se hace referencia a lo que hemos comentado en este trabajo como de mutación del sistema hasta ahora vigente.

No es nuevo el reconocimiento del respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales, como hemos visto, en donde reside la novedad es en que ese respeto a la libre voluntad lo sea en pro de la autonomía de la persona con discapacidad. Dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos²⁵³.

Para ello, se producen eliminaciones y creaciones de figuras jurídicas inmersas en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente: la Incapacitación judicial, la Tutela para las personas con discapacidad, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada y la prodigalidad. Frente a ello, la promoción de la autonomía mediante la gestión de los apoyos dentro del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

²⁵² Fue publicada en el BOE del 3 de junio de 2021, entrando en vigor a los tres meses siguientes a su publicación, esto es, el 3 de septiembre de 2021.

²⁵³ Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014 es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.

La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, que ahora va a convertirse en la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela – cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; autonomía en la toma de decisiones que a veces y sólo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas.

Asimismo, se recoge también la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza²⁵⁴.

Respecto a la promoción de la autonomía, queremos destacar, por la materia que nos ocupa, el apartado referente a las personas que consideran que necesitan apoyos o ayuda en determinados aspectos pueden solicitar la figura del asistente que actuará en condiciones análogas a las de un tutor / a en el ámbitos personales y patrimoniales que se designen en la correspondiente resolución judicial. Hay que tener presente que la aceptación del nombramiento será voluntaria para la persona asistente y que los términos precisos y concretos de la labor de apoyo y asistencia serán fruto del acuerdo entre la persona asistente y la persona asistida.

Podemos, por tanto, decir que esta reforma se podría referenciar como “la Ley que promueve la autonomía de la persona con discapacidad con especial referencia a la Asistencia personal como medida de apoyo que la concreta. Se echa en falta el haber aprovechado la reforma para incluir esta figura cuyo uso va a ir en aumento, sin lugar a duda.

Según lo expuesto, debido a la parquedad de la materia en el ámbito de la A.P., podríamos concretar la materia en varios apartados fundamentales. Como frontispicio de la vida independiente, deberemos consagrar lo realmente necesario para ella. Entre otras cuestiones, las siguientes:

- Se pretende ahorrar costes al menor y a la persona con discapacidad en relación con actos que carecen de dificultad técnica o jurídica, habida cuenta de que en este tipo de actuaciones siempre va a existir un control judicial en el

²⁵⁴ La revisión de las medidas ya acordadas antes del 03/09/2021 se podrá solicitar por dos vías: A instancia de parte, Otra vía, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de 3 años.

momento de decidir sobre la aprobación de lo solicitado²⁵⁵. La dimensión intersubjetiva hace referencia a la dimensión interdependiente, relacional y comunitaria de los seres humanos, que se concreta principalmente en la igualdad de oportunidades para la vida social y la participación en igualdad como ciudadana/o en la construcción social.

- La dimensión subjetiva de la calidad de vida hace referencia a la identidad y los valores propios de cada persona. La vida tiene estructura narrativa, se expresa como relato, y el narrador es el protagonista, o, como dice Ramón Bayés, “la persona es el viaje”, y podemos decir que ese viaje necesita en diversos momentos, un mayor o menor nivel de asistencia personal en las tres dimensiones (objetiva, intersubjetiva y subjetiva), que en el caso de algunas personas es prácticamente permanente²⁵⁶.

En cuanto a la forma en la que se podía haber incluido la Asistencia Personal en esta reforma, sin duda, la base puede estar en los fundamentos de la Vida Independiente. Consideramos que la referencia bien podría haber sido la siguiente, apoyándonos en la propuesta de la filosofía política de Jonathan Wolff y Avner de-Shalit²⁵⁷, para quienes la discapacidad es una desventaja social y, por tanto, un problema de justicia social.

Existe una desventaja social cuando una persona tiene escasas oportunidades auténticas para funcionar de forma segura, debido a la ausencia de alguno de estos tres factores como elementos de regulación:

1. Los recursos internos (que equivaldrían a las capacidades internas),
2. Los recursos externos (o condiciones externas) y
3. El marco o la estructura social.

Dos son las principales aportaciones del llamado “Enfoque de los Funcionamientos Seguros” que proponen estos autores:

- En primer lugar, su insistencia en que las capacidades auténticas no se deben garantizar únicamente de forma puntual, sino de forma permanente.

- En segundo lugar, su énfasis en el entorno, incidiendo en lo que denominan la mejora del estatus, entendido aquí como posición social de las personas con discapacidad.

²⁵⁵ Etxeberria Mauleón,X; Goicoetxea Iturregui,M.J.”Marco ético de la Asistencia Personal” La Asistencia Personal en Salud Mental.p30

²⁵⁶ Román, B. (2016), “Ética en los servicios sociales: justicia, cuidado y calidad de vida”. Conferencia impartida en y publicada por el Institut Europeu d’Humanitat.

²⁵⁷ Wolff, J. y de-Shalit, A. (2007), *Disadvantage*, Oxford University Press.

El objetivo de la intervención ética y jurídica no son las medidas compensatorias, las mejoras individuales o personales o los recursos, sino cómo todo esto se traduce en inclusión y participación en la comunidad, por medio de un recurso clave para ello.

Los rasgos como base jurídica, podría haber dado lugar a la acción sobre los derechos, convirtiendo el modelo de vida independiente en una eficaz propuesta para alcanzar un tratamiento justo de las personas con discapacidad²⁵⁸:

- Un primer rasgo es su universalidad. Los derechos humanos se reconocen debido a la condición de persona y reflejan y garantizan valores de forma universal.
- Un segundo aspecto es su carácter fundamental, su exigibilidad y su prioridad
- Su carácter prestacional, que exige, además del reconocimiento, los medios y acciones positivas para su ejercicio;
- Por último, doble carácter objetivo (institucional) y subjetivo (personal).

La promoción de la autonomía basada en el apoyo supone adquirir un término amplio que engloba recursos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades²⁵⁹. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad.

Aunque el apoyo, como tal, no es una creación jurídica, sino una realidad social a la que el derecho civil confiere sustantividad que pone en evidencia la falta de regulación específica. Se trata, por tanto, de incluir en nuestro ordenamiento jurídico aquellos mecanismos, sistemas, medios, adaptaciones e incluso personas que ayudan a la persona con discapacidad a tomar sus propias decisiones.

Bajo la rúbrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” el nuevo título XI del libro primero regula la forma jurídica de los apoyos formales. Nuestro Código opta por un doble sistema, la vía extrajudicial y la vía judicial, puesto que reconoce los apoyos

²⁵⁸ Seoane, J. A. (2011), “La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica”, *Siclo Cero*, 42/1, 21- 32.

²⁵⁹ Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse.

voluntarios formalizados en escritura pública y los apoyos judiciales, dando preferencia a los primeros sobre los segundos.

No se olvida el legislador de los supuestos en los que sería necesario un apoyo intenso al señalar el artículo 249 que sólo será para casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación ²⁶⁰.

En la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, el lenguaje no es neutro y, por ello, tendremos que hacer el ejercicio mental de eliminar para siempre de nuestras cabezas (y bocas) las expresiones “persona discapacitada” (por confundir la parte con el todo), “persona incapacitada judicialmente” (por su connotación peyorativa) y “persona con capacidad modificada judicialmente” (porque la capacidad jurídica es inherente a la condición de persona humana y, por tanto, no puede modificarse) para reemplazarlas por “persona con discapacidad” y “persona con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Al hilo de esta necesaria renovación terminológica, recuérdese que está pendiente la reforma del art. 49 de nuestra Carta Magna, para, entre otros fines, suprimir de su tenor literal el término “disminuidos”.

La Asistencia Personal, consideramos que no nace porque se le considera a la persona una muerte civil para ciertos casos, sino que nace desde el deseo de precisar apoyos para la vida porque se es plenamente capaz para vivirla de manera inclusiva con la provisión de los servicios necesarios para ello.

Debe hacerse hincapié en que la sentencia ha de determinar los actos para los cuales la persona con discapacidad requiere apoyo, así como la intensidad de éste, sin poder declararla incapacitada ni privarla de derechos personales, patrimoniales o políticos. Da la impresión de que el viejo sistema protector que pretende abandonarse no acaba de irse.

Lo verdaderamente novedoso en el ámbito civil, es la promoción de la autonomía de la voluntad es la consideración de la institución de la curatela como el mecanismo idóneo para la concesión judicial de apoyos a las personas con

²⁶⁰ Quedan reservados estos supuestos en los que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la autoridad judicial, quien en todo caso deberá basarse en lo que se ha denominado por la doctrina de derechos humanos “su historia de vida”.

discapacidad (artículos 271 a 294). Lo primero que hay que destacar es, a nuestro juicio, que la reforma adolece en este aspecto de una dudosa técnica jurídica. En el ánimo de igualar a todas las personas con discapacidad al considerarlas como un todo homogéneo, se ha decidido someterlas al instituto de la curatela que, como todos los juristas saben, tiene por objeto complementar la deficiente capacidad de una persona.

Siguiendo con la reforma, se pone sobre la mesa otra figura como es el de la facilitadora²⁶¹, para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida (nuevo artículo 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria). Unido a esto, se ha establecido también la obligación de los tribunales de emplear lenguaje comprensible y adaptado a estas personas, regulándose en el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil una serie de ajustes para personas con discapacidad, lo que incluye la elaboración de resoluciones judiciales de lectura fácil.

Para la promoción de la autonomía, se determina que La persona con discapacidad, sin mengua de su seguridad podrá, “hacerse su traje a medida con las debidas garantías: Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249²⁶² .

Por tanto, en el ámbito notarial los operadores jurídicos, actúan en su doble condición. Como apoyo institucional prestará, como hace con cualquier ciudadano, su apoyo institucional a la persona con discapacidad, y en su caso, dará forma jurídica a ese plan personalizado de apoyos que se diseñará bajo el control de legalidad del notario y partiendo de la voluntad deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En cuanto a la publicidad, para garantizar respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, la pieza clave es el Registro Civil. Finalmente cierra el artículo 255 reiterando la primacía de las medidas voluntarias, pues dispone que solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

²⁶¹ Del Sistema hacia la persona y no de ésta para su propia vida como es la de la Asistencia Personal

²⁶² Artículo 255 del Código Civil

El Tribunal Supremo aplica la nueva Ley de apoyo a las personas con discapacidad y mantiene las medidas asistenciales. Sirva como ejemplo de lo que va a ser una reiteración en la doctrina del alto Tribunal, tras la reforma del 2021, la primera sentencia, de 8 de septiembre de 2021, aplica el régimen transitorio de la ley y analiza los elementos esenciales de la reforma y, en particular, el régimen de provisión de los apoyos que las personas con discapacidad puedan precisar para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. En el caso en litigio, la persona interesada padece un trastorno de la personalidad, concretamente un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación (conocido como Síndrome de Diógenes)²⁶³.

El ponente de la sentencia, el magistrado Sancho Gargallo, recoge el acuerdo del Pleno de la Sala, entiende que ese primer pronunciamiento, tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece de la regulación legal cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad. A continuación, examina si la medida de apoyo se acomoda al nuevo régimen legal. Considera que el trastorno de la personalidad que afecta al interesado incide directamente en el ejercicio de su capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad de las medidas de apoyo asistenciales acordadas.

La sentencia concluye, que aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia provoca un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona, aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación.

Por todo ello, se estima en parte el recurso de casación, en cuanto que se deja la modificación de capacidad, se sustituye la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, se confirman y se completan con algunas de las propuestas del fiscal. De esta forma, cada seis meses se revisarán los resultados de las nuevas medidas y la incidencia práctica que están teniendo. Además, el ponente aconseja que la persona que asiste debe esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y apunta que solo en casos necesarios

²⁶³ Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, bajo la normativa anterior, acordaron, en primer lugar, la modificación de su capacidad y, en segundo lugar, una medida de apoyo consistente en la asistencia para el orden y la limpieza de su domicilio, con designación como tutora de la Comunidad Autónoma competente.

"podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias".

En definitiva, podemos concluir que, si la aplicación de la legislación civil debe ir aparejada con el cambio social, la aplicación de la Asistencia Personal en Servicios Sociales debe ir aparejada de una transformación en el sistema, pues ya se ha visto como la mera proposición de cambio, deja corto espacio a los derechos que afloran en la Vida Independiente de cualquier persona con cualquier discapacidad.

Definitivamente, no se entendería la reforma de la discapacidad si no se da cabida a la promoción desarrollo y defensa de la figura de la Asistencia Personal.

4.4. EL SISTEMA DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA Y DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (SAAD): NECESIDAD DE UN CAMBIO ACTUAL EN PARALELO

El encaje de todas las referencias normativas mencionadas en nuestro trabajo de investigación, el hecho de que las personas con discapacidad puedan desempeñar el ejercicio de su capacidad jurídica, como componente de derechos civiles fundamentales, conforman la relación Inter partes de la A.P. con una naturaleza civil de la misma que ha regirse por normas civiles²⁶⁴, como se verá más adelante.

En el SAAD, las intervenciones públicas cobran sentido dentro de un procedimiento estructurado de forma finalista, esto es, para otorgar o no prestaciones y servicios a las personas beneficiarias del mismo. Sobre las cuestiones, hemos planteado la perspectiva que debe ser tenida en cuenta en las intervenciones y actitudes para la promoción de la autonomía. Podemos destacar varias cuestiones:

-Primera, que el artículo transcrito anteriormente, no proporciona un concepto sobre la A.P., sino que lo da por sabido como recurso de apoyo.

-Segunda, tampoco se define en el art. 2 dedicado exclusivamente a definiciones tal y como hace, por ejemplo, con los tipos de discriminaciones, son los ajustes razonables, diseño universal, comunicación, lenguaje, etc.

²⁶⁴ Maldonado Molina, J. A.: "Bloque V. Normativa", en AA.VV.: Situación de la asistencia personal en España, Predif,, 2015, p. 41.

Como Ewald sostiene, la principal conclusión que podemos extraer de Vigilar y Castigar no es que podemos imaginar la institucionalización como una cosa posible gracias a la generalización de las técnicas disciplinarias, sino que podemos imaginarla, como la institución que ofrece a la sociedad moderna su auténtica imagen de inclusión social²⁶⁵.

El legislador hace girar todo el sistema de protección instituido por la norma en el SAAD, sobre los conceptos de autonomía personal y vida independiente²⁶⁶.

Se hace necesaria una distinción según pone de manifiesto muy acertadamente, González, al interpretar que, en cualquier caso, el encuadramiento en el ámbito subjetivo del SAAD de las personas con algún tipo de discapacidad está supeditado al reconocimiento jurídico-administrativo de la situación y grado de dependencia y no al reconocimiento administrativo de la situación y grado de discapacidad: los procedimientos para el reconocimiento de ambas situaciones son distintos, los órganos de valoración son diversos, e, incluso, también los baremos aplicables a tal efecto, si bien, como veremos, existen pasarelas entre sendos procedimientos administrativos²⁶⁷.

Para un planteamiento de desinstitucionalización, se requiere una cuestión básica de alcance, esto es una transformación sistémica- y sistemática- que debe incluir el cierre de entornos institucionales no acreditados, la provisión de servicios de apoyo individualizados y la disponibilidad de servicios generales inclusivos respecto a la voluntad y preferencias de la persona más allá de la cuantía de renta que tenga y que sean desarrolladas tanto como prestación vinculada como por medio de un servicio, según hemos visto anteriormente.

La propuesta, lleva consigo algunas consecuencias entre las que destacamos: Evolución de la propia actitud de las personas con discapacidad; Evolución de la actitud ante las personas con discapacidad; Medidas centradas en los Derechos Sociales y su protección jurídica por parte de los Estados. Junto a todo lo anterior, existe otro colectivo, el de las personas mayores, que necesita ser tenido en cuenta en su independencia en la medida de lo posible y

²⁶⁵ Ewald, F. (1990) Un poder sin un afuera. En E. Balbier et al. (eds.) Michel Foucault, filósofo. Gedisa. Barcelona

²⁶⁶ González de Patto, R. M^a: "Las prestaciones económicas a las personas en situación de dependencia", Temas Laborales, nº 89, 2007, pág. 218; García Rubio, M.A.: Prestaciones del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, en Roqueta Buj, R. y otros, La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario estatal y autonómico de la Ley de Dependencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 57.

²⁶⁷ González de Patto, R. M^a: "El sistema de La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo". Ed. Laborum 2021 dependencia. Adecuación de las prestaciones en servicios a las personas con discapacidad. p 939.

actualmente se está trabajando por el reconocimiento de un estatuto jurídico del mayor en el ámbito normativo internacional.

Este nuevo impulso es especialmente relevante en el seno de las Naciones Unidas, donde se prepara la aprobación de una Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores, ante la ausencia de reglas específicas sobre derechos de los mayores en este ámbito²⁶⁸.

En España, cuando hablamos del reconocimiento de la necesidad de concurso de tercera persona para la realización de las Actividades básicas de la vida diaria (en adelante ABVD), tenemos que concretar algunos aspectos en su reconocimiento. Por una parte, la primera puerta de entrada para las personas que solicitan ser declaradas dependientes, comienza con la apertura de un procedimiento según el SAAD y, dentro de él, la elaboración del PIA correspondiente, que determinan la condición de dependiente en el primer caso y la prestación o servicio más adecuado en el segundo. No obstante, se ha criticado la LAAD por no contemplar otros servicios alternativos al de las residencias o el servicio de ayuda a domicilio, como son los recursos más recientes de las unidades de convivencia, el acogimiento familiar o las viviendas tuteladas.²⁶⁹

Para SAAD, tras el año 2012, el reconocimiento del concurso de tercera persona se reconoce para todos los grados de dependencia reconocidos y además si en procedimiento de la discapacidad se detecta por parte del Equipo de Valoración y Orientación la necesidad de concurso de tercera persona para las ABVD, se dará traslado al procedimiento de la LAAD.

La casuística que se podría plantear, es la siguiente: Una persona que esté en situación de dependencia habrá tenido que realizar un trámite, que incluye someterse al proceso de valoración correspondiente, para tener reconocido el grado de dependencia que le da derecho a la prestación de la Ley con la que cuenta, al tiempo que, por ejemplo, si esta misma persona quiere solicitar una bonificación fiscal por tener una discapacidad, debería tener reconocida, a través

²⁶⁸Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Igualdad y no discriminación por razón de edad y Derechos de los Mayores», en Monereo Pérez y Monereo Atienza, El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes, Granada, Comares, 2014, p. 105.

²⁶⁹ Cabeza Pereiro, J., "Cuestiones sobre el seguro de dependencia", en AA.VV., La economía de la Sociedad Social, Sostenibilidad y viabilidad del Sistema. P 516.

de otro procedimiento, el grado de discapacidad. Al realizar esta actuación, se pone el acento en el carácter asistencialista de los servicios, centrado en la atención y cuidado en el domicilio y alejado, por tanto, del carácter de vida independiente que promueve la asistencia personal. Sin embargo, nuestro campo de investigación está fuera del sentido proteccionista como se ha visto.

Como se ha mencionado, en la LAAD no constituye un instrumento para la promoción de la autonomía universal. El capítulo II de esta Ley establece las Prestaciones y Catálogo de servicios de atención del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Las prestaciones pueden ser de dos tipos: de servicios y económicas²⁷⁰.

Para establecer la prioridad en el acceso a estos servicios se tendrá en cuenta el grado y nivel de dependencia y la capacidad económica de la persona en situación de dependencia. Las prestaciones económicas, por otra parte, pueden ser de tres tipos:

- a) Vinculadas a servicios,
- b) Vinculadas a cuidados en el entorno familiar y Apoyos a cuidadores no profesionales, y
- c) Vinculadas a la asistencia personal.

Las primeras, se recogen en el artículo 17 de la Ley, y se destinan a cubrir los gastos ocasionados por la adquisición de un servicio, cuando no sea posible el acceso a un servicio equivalente público o concertado de atención y cuidado de los establecidos en el art. 15.

Las vinculadas a cuidados en el entorno familiar y apoyos a cuidadores no profesionales, recogidas en el artículo 18, tienen un carácter excepcional, y sólo puede accederse a ellas cuando la persona en situación de dependencia esté siendo atendida en su entorno familiar y se den condiciones de convivencia y habitabilidad.

Por último, las vinculadas a la promoción de la autonomía y más en concreto a la asistencia personal, se establecen en el artículo 19, y su finalidad es la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia, contribuyendo a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación, al trabajo y al ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Una de las ideas centrales es que la atención de las personas en situación de dependencia se lleve a cabo, de

²⁷⁰ Las prestaciones de servicio se especifican en el artículo 15 de la Ley y se concretan en sus artículos 21 a 25. Incluyen los servicios de prevención de las situaciones de dependencia, de teleasistencia, de ayuda a domicilio, los centros de día y noche, y la atención residencial.

manera prioritaria, a través de las prestaciones de carácter asistencial que se relacionan en el catálogo de servicios del artículo 15. Frente a los servicios, las prestaciones económicas, tienen un alcance subsidiario y excepcional²⁷¹.

El precursor de la idea sobre la unificación de los criterios de valoración y de clasificación, ha sido el doctor Miguel Querejeta, que en su libro, "Discapacidad y dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación", aborda desde el año 2004, el estudio de la discapacidad y la dependencia desde el punto de vista de su clasificación y valoración. Una de las prioridades en el ámbito de la valoración de la discapacidad, ha sido el estudio y desarrollo de nuevas estrategias para valorar las actividades de la vida diaria. Para el autor, cualquier intento de planificar un sistema de evaluación de la dependencia sin tener en cuenta ambos conceptos, su clasificación y una escala normalizada para su cuantificación, estaría abocado al fracaso. Teniendo como base la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), se intenta clarificar algunos términos y conceptos relacionados con la discapacidad/dependencia, así como ofrecer una alternativa de graduación y clasificación con el fin de favorecer una futura unificación de los sistemas de valoración, simplificar y optimizar el proceso de valoración. Asimismo, contiene la terminología sobre la discapacidad y su graduación, junto a consideraciones generales, conceptos, valoración y graduación y conclusiones en la aplicación de criterios de la dependencia. También, incluye cuatro anexos como complementos a estos temas²⁷².

El primer paso, es por tanto, la base en la nueva CIF y la clarificación de los términos y conceptos relacionados con la discapacidad y la dependencia, ofreciendo una alternativa tanto en la graduación como en la clasificación, con los siguientes objetivos:

Por un lado, España, se suma a la tendencia seguida por la mayoría de las Comunidades Autónomas de aprobación de una segunda generación de leyes autonómicas de servicios sociales que ofrecen una regulación mucho más extensa y con un mayor nivel de desarrollo²⁷³.

²⁷¹ De Asís Roig, R y Barranco Avilés, MC. 2010 El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, Madrid, Cinca pp 34-37.

²⁷² <http://www.index-f.com/lascasas/documentos/lc0181.pdf>

²⁷³ Destaca, entre otras, la regulación novedosa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuyo gobierno permitirá la puesta en marcha una iniciativa pionera en España.

Se unificarían, por tanto, las valoraciones de dependencia con las de discapacidad, lo que permitirá duplicar los procesos para dilucidar los grados y se agilizarán de forma importante los trámites. La intención es regular en el ámbito autonómico el procedimiento de los grados de discapacidad y de dependencia y la organización de los órganos técnicos competentes para poder realizar la valoración. Hasta el momento una persona con discapacidad tenía que ser valorada por una vía y luego debía acudir a otro procedimiento para valorar si era dependiente. Ahora con el mismo trámite se podrán realizar las dos valoraciones.

Por otro, los procedimientos de referencia relativos a la gestión de programas y servicios del área de dependencia, discapacidad y promoción de la autonomía personal y el modelo de informe social a que se refiere el artículo anterior, serán referencias en todos los procedimientos en el área de dependencia, discapacidad y promoción de la autonomía personal²⁷⁴.

Este documento, según la regulación planteada, deberá aportarse, en cada uno de los procedimientos administrativos citados en el artículo anterior en virtud de lo que se haya dispuesto en su normativa de referencia. No será necesario durante el transcurso de dos años con idénticas circunstancias. En este supuesto, será el centro directivo responsable de la tramitación quien deberá reclamar el informe social a la unidad administrativa que corresponda. En todo caso, el centro directivo responsable de la tramitación podrá, en cualquier momento, solicitar de oficio la presentación del informe social a efectos de comprobar o actualizar la información necesaria.

Para que surta efectos el esquema planteado por Querejeta y teniendo como base la CIF, los fundamentos claves, giran en torno a los siguientes puntos:

1º Aclarar los términos de discapacidad y dependencia

2º Favorecer una futura unificación de los sistemas de valoración, aproximándolos a métodos internacionales, que puedan ser compatibles con los de otras administraciones y estados.

²⁷⁴ Señaladamente en cuanto a los siguientes: a) "Reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de Galicia" Procedimiento BS210A; b) "Reconocimiento del grado de discapacidad" Procedimiento BS611A; c) "Servicio gallego de apoyo a la movilidad personal para personas con discapacidad y/o dependientes" Procedimiento BS660A; d) "Programa de acogimiento familiar de personas mayores y personas con discapacidad" Procedimiento BS618B; e) "Ingreso en centros de atención a personas mayores" Procedimiento BS603A; f) "Programa ocio y bienestar" Procedimiento BS607A; g) Cualquier otro procedimiento relativo a la gestión de los programas y servicios de las áreas a las que hace referencia el párrafo primero Como, por ejemplo: Termalismo, Turismo, Respiro familiar, Teleasistencia, Te acompañ, Ingreso en centros de atención a personas con discapacidad, etc.

3º Simplificar y optimizar el proceso de valoración.

4º Hacerlos más comprensibles, tanto para la administración, como para los profesionales y las personas usuarias de los servicios²⁷⁵.

5º. La graduación de todos estos problemas: Mediante la escala en cinco niveles de gravedad de los problemas propuesta por la clasificación internacional.

6º. Las actividades de la vida diaria. Mediante la terminología, concreta, con el significado exacto, propuesta al denominar los nueve grupos de actividades de la vida, en la clasificación de primer nivel²⁷⁶ y que tienen especial trascendencia dentro de la promoción de la vida independiente.

Para determinar el concurso de tercera persona, el baremo de Ayuda de Tercera Persona recoge fundamentalmente ítems que hacen referencia a la necesidad de ser ayudado por otra persona para la realización de una serie de actividades que se consideran esenciales, y que según la CIF, se verían representadas en la clasificación de actividades y participación.

Fundamentalmente, por todas las actividades de autocuidado, por algunas de movilidad, y en menor medida por actividades de comunicación, de relación y aplicación del conocimiento. Se intentará, primero identificar cada ítem de la ayuda con los ítems y definiciones de la CIF y posteriormente reagruparlos siguiendo el esquema propuesto en la misma.

Al lado de esto, nos quedaría el baremo de esta forma conformado por cinco grandes grupos de intervenciones: A. De movilidad; B. De autocuidado; C.

²⁷⁵ La valiosa obra, merece ser analizada en profundidad sin duda alguna, por razón de materia, nos acogemos a las referencias de cuáles son los criterios generales utilizados para denominar, clasificar y graduar los problemas relacionados con la discapacidad y la dependencia:

- Las enfermedades y problemas de las condiciones de salud. Mediante la Clasificación de enfermedades y problemas de salud relacionados (CIE-10) de la OMS

-Los problemas referentes a las deficiencias corporales: Mediante la clasificación de estructuras y funciones corporales de la CIF
[Fhttps://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf](https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf)

- Los problemas referentes a las limitaciones para realizar actividades (o en su caso a las actividades en que se da la situación de necesidad de ayuda o dependencia para realizarlas): Mediante la clasificación de actividades de la CIF.

- Los problemas referentes a los factores contextuales externos que están interactuando con la persona y en su caso de las ayudas técnicas o personales que pueda precisar: Mediante la clasificación de Factores Contextuales de la CIF.

²⁷⁶1. Aprendizaje y aplicación del conocimiento. 2. Tareas y demandas generales 3. Comunicación 4. Movilidad 5. Autocuidado 6. Vida doméstica 7. Interacciones y relaciones personales 8. Áreas principales de la vida (Educación/Trabajo/Economía) 9. Vida comunitaria, social y cívica

De comunicación: D. De autonomía psíquica y E. De factores contextuales de ayuda 1.2.5, es decir, ayuda personal. La valoración de los problemas relacionados con la falta de movilidad, se hará no en función de la dificultad para realizarlas, ni en la necesidad de usar ayudas técnicas, sino en función de la necesidad de ser ayudado por otra persona, tanto en las actividades, como en el uso de las ayudas técnicas para la promoción de la autonomía²⁷⁷.

Creemos, por tanto y en base a lo expuesto, que se podría encuadrar en este apartado la Asistencia Personal como promoción de la autonomía y de la vida independiente del colectivo cuyas fortalezas del planteamiento se fundamentan en los siguientes principios²⁷⁸ :

- Los Principios de necesidad y eficacia. Responde al interés general de las disposiciones, dado que pretenden simplificar los procedimientos de valoración y de reconocimiento que afectan a los colectivos de personas dependientes y de personas con discapacidad, y supone, además, evitar duplicidades, dado que con una única solicitud se podrá solicitar el reconocimiento de ambas situaciones.
- El Principio de proporcionalidad. Hace referencia a lo adecuado de la norma para lograr la finalidad que la justifica, teniendo en cuenta que el objetivo es establecer un procedimiento unificado para el reconocimiento de las situaciones de dependencia y de discapacidad que podrán realizar las CC.AA. mediante Decretos específicos.
- El Principio de seguridad jurídica. Lo mejor es optar por un decreto que regule conjuntamente el procedimiento de valoración, reconocimiento y declaración de las situaciones de dependencia y de discapacidad que modifica parcialmente el ordenamiento jurídico vigente y deroga una parte. Con este decreto, se consolidará un marco reglamentario, entre otros aspectos, respecto de la organización y el funcionamiento de los órganos de valoración de la discapacidad y de la dependencia, del procedimiento para el reconocimiento y la calificación de dichos grados, y de la revisión de esta calificación.

²⁷⁷ Querejeta González, M.: discapacidad/dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación IMSERSO 2004 pp130-133.

²⁷⁸ Expuestos en el Decreto 91/2019, de 5 de diciembre, por el que se regulan el procedimiento para el reconocimiento del grado de discapacidad y los principios generales del procedimiento para el reconocimiento del grado de dependencia y se modifica el Decreto 83/2010, de 25 de junio, por el que se establecen los principios generales del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, la intensidad de protección de los servicios y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears, y se crea la Red Pública de Atención a la Dependencia de las Illes Balears (BOCAIB de 7 de diciembre de 2019)

- El Principio de transparencia. Se tiene que destacar la participación ciudadana antes y durante el proceso de elaboración de la norma mediante el diálogo civil que sea necesario.
- El Principio de eficiencia y simplificación. Se considera que las cargas administrativas que suponen la presentación de solicitudes o la justificación de las situaciones de dependencia y de discapacidad resultan proporcionadas a las finalidades que se pretenden lograr y a los beneficios obtenidos a consecuencia de la obtención del reconocimiento de estas situaciones. Además, no solo no se añaden nuevas cargas, sino que pueden disminuir en el caso de la solicitud conjunta de la valoración de las situaciones de discapacidad y de dependencia.
- El Principio de calidad. La norma reduce el coste administrativo del reconocimiento de las situaciones de dependencia y de discapacidad para satisfacer de manera eficaz y eficiente las demandas ciudadanas, a la vez que adapta los procedimientos a la nueva normativa.
- El principio de coordinación de la información. Para ello es necesario partir de la coordinación de la información relativa a los informes sociales correspondientes, la información económica de la persona solicitante y de sus convivientes, la información de empadronamiento y convivencia, el informe de salud y el baremo establecido normativamente para el reconocimiento del grado de dependencia, así como para la valoración de la necesidad de tercera persona.

Algunas de estas cuestiones, se han reformado en 2022, con la regulación del nuevo baremo de la discapacidad, que trataremos en el apartado correspondiente.

5. ESPECIAL REFERENCIA AL RD LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL

En lo referente a los Antecedentes de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, cabe decir que la nueva y vigente Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPD) ha sido aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, publicado en el B.O.E. del día 3 de diciembre de 2013. Su entrada en vigor tuvo lugar el 4 de diciembre de 2013 y, desde ese día, constituye la norma de cabecera en materia de discapacidad en España. Refunde 3 normas:

- La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad;

- La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y
- La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Destaca en el nuevo texto un cambio en el concepto de discapacidad, que supone pasar de considerar a la discapacidad como una preocupación en materia de bienestar social, a conceptualizarla como una cuestión de derechos humanos; lo que obliga a modificar el enfoque de nuestra normativa interna²⁷⁹.

EL Título Preliminar constituye uno de los mejores aciertos del texto refundido de la nueva ley. Además de delimitar el objeto de la ley (art. 1), incluye una importante lista de conceptos legalmente definidos (art. 2) entre los que destaca para el derecho a la vida independiente, como autodeterminación, como supremacía de la autonomía de la voluntad. Así, no es de extrañar que en el artículo 2 de la LGDPD, defina la discapacidad como *“una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*²⁸⁰.

Este, es el concepto social, el que determina que la autonomía prevalece y es la sociedad la que la minusvalora, cobra más sentido la promoción de la autonomía con los apoyos pertinentes, especialmente el de la Asistencia Personal como el recurso más interesante, en este sentido. En primer lugar, porque va más allá de la accesibilidad o los ajustes razonables y, en segundo lugar, porque la determinación de la persona y la inclusión de profesionales en la materia es el método mejor para hacer realidad la inclusión en la comunidad en condiciones de igualdad. Es un apoyo y un medio en sí mismo, que tiene carácter finalista, pues nos conduce a llevar a la práctica la voluntad de la persona y directo, sin instituciones que se interpongan en su ejercicio. Podemos decir que participa de las cualidades siguientes:

- Pertinencia, es decir, la medida en que las actuaciones responden a las necesidades concretas del contexto en el que se ejecutan.

²⁷⁹ Así las cosas, la LGDPD es un texto completo en el que se incluyen las principales disposiciones de rango legal ordinario que constituyen el régimen de las personas con discapacidad.

²⁸⁰ Lo mismo puede decirse respecto del concepto de "inclusión social" pues a partir de la propia evolución del concepto de discapacidad, era necesaria una actualización del concepto de integración social reflejado en la LISMI por el más adecuado de "inclusión social" que va más allá de las estrategias de normalización, hacia el pleno disfrute del derecho a vivir de forma independiente y participar en todos los asuntos de la comunidad.

- Coherencia entre los principios, los objetivos y las actuaciones concretas que se ponen en marcha.
- Eficacia de la actuación para conseguir los resultados previstos.
- Efectividad, de las actuaciones.
- Eficiencia, de recursos para alcanzar los objetivos perseguidos con cada actuación.
- Participación, transparencia en la ejecución por parte de la persona con discapacidad en su promoción, de su propia autonomía y autodeterminación.

La primera modificación que ha experimentado el Real Decreto, ha sido la introducción de una regulación sobre el acceso a la nacionalidad española de las personas con discapacidad. Fue introducido en el citado texto, como Disposición adicional duodécima, por la Disposición final segunda de la Ley 12/2015, de 24 de junio. Su objeto es reconocer el derecho de las personas con discapacidad a acceder, en condiciones de igualdad, a la nacionalidad española.

La regulación no sólo no aporta contenido acerca de la Asistencia personalizada, sino que incluso no resulta suficientemente explícita en otras materias de promoción de autonomía. Así, en, ya que, en la práctica, la accesibilidad universal. Podemos distinguir los distintos ámbitos de actuación estudiando los siguientes títulos:

I La protección de la salud

Se establecerán principios y normas de coordinación de las distintas actuaciones públicas para la prevención de la discapacidad. Además, las salvaguardas por parte de las AA. PP. tendrán que desarrollar las actuaciones necesarias para llevar a cabo una atención sociosanitaria, de forma efectiva y eficiente.

II La educación

Se asegurará un sistema educativo inclusivo. Se trata de atender las distintas necesidades del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de los apoyos y ajustes correspondientes²⁸¹.

III. El empleo

Se clasifican por primera vez los tipos de empleo²⁸² a través de los que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo y que se desarrollará en un apartado correspondiente.

²⁸¹ Artículos 18 a 21.

²⁸² Artículos, 39 a 47.

IV. La lucha contra la discriminación

La norma incluye, también por primera vez, las definiciones de todos los tipos de discriminación, directa e indirecta, ya contempladas, a las que se añaden la discriminación por asociación y acoso, con el fin de completar el marco jurídico de prohibición de la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones²⁸³:

- Discriminación directa es la situación en la que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra por razón de su discapacidad.
- Discriminación indirecta existe cuando una disposición legal o una cláusula contractual, aparentemente neutras, pueden ocasionar una desventaja a una persona por razón de su discriminación.
- Discriminación por asociación se da cuando una persona o grupo es objeto de trato discriminatorio por su relación con una persona con discriminación. Por ejemplo, si se discrimina a un trabajador o trabajadora que es padre de una persona con discapacidad y solicita un permiso para atenderla.
- Discriminación por acoso es toda conducta que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona con discapacidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante o humillante.

Asimismo, se refuerza la consideración especial de la discriminación múltiple, para garantizar los derechos de quienes pueden estar en esta situación de acusada vulnerabilidad. En este sentido, se protegerá de manera singular a las niñas, niños y mujeres con discapacidad.

Las medidas de defensa jurídica frente a la discriminación se aplicarán con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad.

V. La nacionalidad española en condiciones de igualdad.

Las personas con discapacidad accederán en condiciones de igualdad a la nacionalidad española. Será nula cualquier norma que provoque la discriminación, directa o indirecta, en el acceso de las personas a la nacionalidad por residencia por razón de su discapacidad. En los procedimientos de

²⁸³ La norma incluye las definiciones de todos los tipos de discriminación: directa e indirecta, ya contempladas, a las que se añaden la discriminación por asociación y acoso, para completar el marco jurídico de prohibición de la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones.

adquisición de la nacionalidad española, las personas con discapacidad que lo precisen dispondrán de los apoyos y de los ajustes razonables que permitan el ejercicio efectivo de esta garantía de igualdad y de la universalidad de los derechos.

VI. Principio de libertad en la toma de decisiones

Por primera vez, el colectivo es considerado como persona con igualdad ante la ley, se incluye el reconocimiento expreso del principio de libertad en la toma de decisiones, que afecta a todos los derechos que se regulan. De esta manera, serán las personas con discapacidad las que puedan optar o no por acogerse a las medidas de acción positiva. Es decir, la promoción de la autonomía de la voluntad es un medio para la vida independiente y la inclusión en la comunidad.

Este derecho está ligado con la autonomía de la persona y lo conecta con el ejercicio de su capacidad jurídica. que tiene que ver por tanto también con los derechos y, en concreto, con la toma de decisiones.

VII El derecho a la Vida Independiente

Al defender el derecho a la no discriminación, son varios son los contenidos desde los que la norma desgrana las acciones promotoras: la previsión de los varios apoyos y la asistencia que pueden ser tratados de manera conjunta. En este sentido, pueden ser varias las proyecciones del ejercicio de los derechos mencionados en este apartado:

- i) Reconocimiento la capacidad jurídica,
- ii) La concreción de su ejercicio en la toma de decisiones (capacidad de obrar);
- iii) Las prestaciones y servicios para la ayuda en las ABVD actividades básicas de la vida diaria en situaciones de dependencia y iv) la accesibilidad cognitiva para el caso de la discapacidad intelectual y del desarrollo.

Si no surgen estos derechos, que podríamos definir como instrumentales, no surge la promoción de la vida independiente²⁸⁴. Podemos definirla como aquella situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad en las definiciones del art. 2 letra h).

²⁸⁴ Existirá el denominado interés superior de la persona con discapacidad o la representación o mandato, no su autodeterminación.

Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.

Especial consideración a la autonomía personal

Como si de otra nueva concreción de los derechos se tratara, se nombran las medidas de acción positiva que podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Las medidas de igualdad de oportunidades podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, o la propia asistencia personal²⁸⁵.

VIII El derecho a la protección social y la autonomía personal

Se configura en base a criterios para su aplicación y las clases de estos entre los que se mencionan Los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades y promoción de la autonomía personal tienen como finalidad prevenir la aparición o la intensificación de discapacidades y de sus consecuencias, mediante actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, apoyo en el entorno y programas específicos de carácter preventivo.

Realmente, la normativa de refundición, salvo el caso de Ultra Vires relacionados en el art. 2 como definiciones la Discapacidad y la Incapacidad, ha supuesto la inmersión de la Convención en nuestro ordenamiento jurídico en el sentido de unificación de texto legal, lo que a niveles prácticos supone un avance hacia el Derecho de la Discapacidad.

²⁸⁵ Artículo 68. Contenido de las medidas de acción positiva y medidas de igualdad de oportunidades

6.- NUEVO PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO, DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD. REAL DECRETO 888/2022 DE 18 DE OCTUBRE.

El Real Decreto 888/2022 de 18 de octubre que regula el nuevo procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, se enmarca en el ámbito de los Servicios Sociales y de la Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en los artículos 354 y 367 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Este real decreto cumple con los principios de buena regulación, regulados en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones.

Queda expresamente derogado el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y la Orden de 2 de noviembre de 2000, por la que se determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de discapacidad dentro del ámbito de la Administración General del Estado.

Según la Disposición final tercera, el Real Decreto entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado (esto es, el 18 de abril de 2023)

En virtud del principio de transparencia, en su elaboración se ha posibilitado que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de la norma mediante la realización de los trámites de consulta pública previa, audiencia e información pública, recabándose la opinión de las entidades representativas de los intereses de las personas con discapacidad y sus familias, de forma que se ha posibilitado el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y a los documentos propios de su proceso de elaboración.

En relación con los aspectos más relevantes de la tramitación, con carácter previo a la elaboración del proyecto se ha sustanciado el trámite de consulta pública previa. Asimismo, se han realizado el trámite de información pública mediante la publicación del proyecto en la página web del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, y de consulta directa a las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupan o representan a las personas con discapacidad y sus familias, cuyos derechos o intereses legítimos se ven afectados

por la norma y cuyos fines guardan relación directa con su objeto, en concreto el Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI). Asimismo, se ha recabado informe del Consejo Nacional de la Discapacidad.

Respecto de la participación de las comunidades autónomas, el proyecto ha sido acordado por el Pleno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en sesión extraordinaria celebrada el día 29 de abril de 2022.

La nueva regulación parte de una serie de criterios más específicos, que se han ido exigiendo con el paso del tiempo y con las reivindicaciones del colectivo. Destacamos algunos, como son:

A) La agilización del proceso para los casos urgentes, esto es, cuando concurren razones de interés público que así lo aconsejen, entre otras las relacionadas con la salud, la violencia de género, la esperanza de vida u otras de índole humanitaria. (art. 10). La tramitación por vía de urgencia implicará que los plazos establecidos para la realización de los trámites del procedimiento reducirán a la mitad su duración.

B) La exigencia de la accesibilidad universal de todo el proceso, incluida la accesibilidad cognitiva²⁸⁶.

C) Este nuevo decreto da prioridad a casos graves y criterios más precisos, es decir a los cambios del nuevo baremo de reconocimiento de la discapacidad. El nuevo decreto actualiza el anterior, de 1999, y establece cuatro baremos para medir el grado de discapacidad que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE).

Las pretensiones de la reforma en este sentido van encaminadas hacia una doble vertiente. Por un lado, la adaptación a la Convención, por otro lado, la adopción al modelo biopsicosocial propuesto por la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) (OMS- 2001), que entiende la discapacidad sobre la base factores biológicos, pero también psicológicos y sociales.

Para la comparativa con los baremos de la anterior ley, es necesario distinguir que, en el baremo de 1999, se tenía en cuenta, por un lado, las

²⁸⁶ Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

limitaciones funcionales de la persona, a través de una valoración de las tareas básicas de la vida diaria y, por otro, los factores sociales "complementarios" que dificultaban también su vida diaria (familiares, económicos, laborales...etc.) y que se sumaban al porcentaje de discapacidad reconocido.

En el nuevo baremo que entra en vigor el 18 de abril de 2023, en cambio, la discapacidad se entiende como la suma de una interacción más precisa de diferentes criterios. Estos criterios sumatorios, se encuentran divididos en cuatro bloques en el art. 3:

- Baremo de Deficiencia Global de la Persona (BDGP): valora las deficiencias de las funciones y estructuras corporales. Se cifra en porcentaje.
- Baremo de Limitaciones en la Actividad (BLA): mide las limitaciones en la capacidad para realizar actividades. También incluye un baremo específico de evaluación del problema de "Limitación grave y total para realizar actividades de autocuidado" (BLGTAA). Se cifra en porcentaje.
- Baremo de Restricciones en la Participación (BRP): evalúa el desempeño de las actividades en el contexto real de la persona. En este bloque se ha de aportar un "Cuestionario de desempeño" (QD). Se cifra en porcentaje.
- Baremo de Barreras Contextuales y Ambientales (BFCA): evalúa aquellos factores del entorno de la persona que, cuando están presentes o ausentes, interfieren en su funcionamiento que no puede sobrepasar los 24 puntos²⁸⁷.

Creemos, que lo que pretende la reforma es llevar a cabo una valoración y calificación más certera acorde con las realidades que causan discapacidad como las discapacidades psicosociales, el autismo o las enfermedades raras, lo que, sin duda, es un logro en la materia que nos ocupa.

De esta forma, la nueva normativa, establece criterios de evaluación más específicos que la anterior dependiendo para, por ejemplo, patologías relativas a una deficiencia intelectual o trastorno del neurodesarrollo. Las variables son la edad, distinguiendo menores de 6 años o menores de más de 6 años; el intervalo de gravedad de la deficiencia y la graduación del % de la gravedad (tabla 14). Por lo tanto, la clasificación distingue grados de discapacidad desde 0 a 100 en

²⁸⁷ Con la anterior legislación, los calificados como "factores sociales" no podían superar los 15 puntos, por lo que ahora se da mayor protagonismo a las barreras a las que se enfrenta la persona con discapacidad.

función de la evaluación en torno a la dificultad para las Actividades de la Vida Diaria (en adelante AVD)²⁸⁸.

La inclusión de la AVD significa la inclusión de las son todas aquellas actividades, gestos y hábitos realizados cotidianamente por un individuo con el objeto de cuidar de si mismo (cuidados personales) y que son básicas para su independencia personal. En el concepto actual se engloba toda aquella actividad que le permita ser independiente en cualquier campo. Estas A.V.D. pueden ser subdivididas en dos categorías:

1.- Elementales (Físicas o básicas): Engloba las actividades de autocuidado (self-care activities). Comprende la alimentación, higiene personal, uso de inodoros-ducha-bañera, vestido (superior-inferior) /Calzado, deambulación (marcha-locomoción).

2.- Instrumentales: Que son las que nos relacionan con el entorno y cultura en la que interactuamos. Se distinguen las tareas domésticas (cocinar, lavar, planchar, limpiar, coser). El transportarse (utilizar transporte público), las transferencias - Movilización - Desplazamientos (mesa de transferencias, plato giratorio, grúas). La comunicación (teléfonos o dispositivos electrónicos: comunicación aumentativa o alternativa)²⁸⁹.

Tras establecer el porcentaje de discapacidad, el baremo de barreras contextuales y ambientales actúa como especie de delimitación especial de grado del problema de funcionamiento de la persona. De esta forma, la puntuación -de entre 0 y 24 puntos-modifica por adición el calificado como grado de discapacidad ajustado (GDA) desde el valor mínimo hasta el máximo de la clase de discapacidad asignada previamente, pero en ningún caso cambia la clase.

²⁸⁸ Grado/Clase 0, discapacidad nula (0-4%): El nivel de discapacidad evaluado es insignificante y no justifica una dificultad evaluable en la realización de las actividades de la vida diaria (AVD). Antes esta primera clase solo representaba una discapacidad del 0%.

•Grado/Clase 1, discapacidad leve (5%-24): dificultad leve en la realización de las AVD, siendo la persona independiente en la práctica totalidad de las mismas.

•Grado/Clase 2, discapacidad moderada (25-49%): dificultad moderada en la realización de las AVD estudiadas, pudiendo existir una limitación total o imposibilidad para realizar alguna de ellas en cualquier dominio, siendo independiente en las actividades de autocuidado.

•Grado/Clase 3, discapacidad grave (50-95%): dificultad grave en la realización de las AVD estudiadas, pudiendo existir una limitación total o imposibilidad en su realización, en cualquier dominio, incluidas las actividades de autocuidado. En el anterior baremo, la cuarta clase abarcaba del 50 al 70%. •Grado/Clase 4, discapacidad total (96%-100%): imposibilidad en la realización de casi todas las AVD estudiadas, incluidas las de autocuidado. En el anterior baremo, abarcaba a partir del 75%.

²⁸⁹ Existen diversas escalas para valoración funcional de las AVD. La escala global funcional más ampliamente utilizada es la escala de Medición de Independencia funcional (Functional Independence Measure = FIM). Otras escalas más específicas incluyen: Índice de Barthel, Perfil PULSES, escala de Klein-Bell, índice de Katz y la evaluación de autocuidados de Kenny.

Existe un trámite de urgencia para situaciones especiales: pues la nueva regulación pone en marcha un trámite de urgencia para calificar el grado de discapacidad en causas humanitarias o de especial necesidad social. Engloban este colectivo:

- las víctimas de zonas en guerra,
- Las circunstancias graves de salud o de esperanza de vida, como es el caso de las personas con enfermedades degenerativas, como la ELA.
- Las víctimas de violencia de género²⁹⁰

La tramitación por vía de urgencia implicará, según figura en el nuevo decreto que los plazos se reducirán a la mitad de duración.

Junto a lo anterior, el procedimiento quiere ser tenido en cuenta desde los apoyos a la accesibilidad universal, incluyendo en los medios telemáticos ya que, si se considera necesario, el equipo multiprofesional podrá realizar la valoración a distancia, considerando los factores contextuales y ambientales en el entorno habitual de residencia de la persona. Destaca el caso de los menores de edad con discapacidad pues ejercerán sus derechos en igualdad de condiciones, sin discriminación por motivos de edad o discapacidad, recibirán asistencia y apoyos adaptados a sus circunstancias y tendrán el mismo derecho que los adultos a ser informados y escuchados.

Dentro de la Comisión de Valoración, se reconoce la cooperación de la sociedad civil y en especial las organizaciones del tercer sector que podrán ser requeridos al objeto de informar, auxiliar, asistir o aportar conocimiento experto en todas las cuestiones relacionadas con la valoración de la discapacidad²⁹¹.

Según el art. 4 a) en lo referente a la determinación por el órgano técnico competente de la necesidad del concurso de tercera persona a que se refieren los artículos 354 y 367.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se establece que se realizará mediante la aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Se estimará acreditada la necesidad de concurso de tercera persona cuando de la aplicación del referido baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados de dependencia establecidos.

²⁹⁰ ya que, según la última Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, el 17,5 % tienen una discapacidad ocasionada por el maltrato.

²⁹¹ Además, de que se formará a todo el personal de valoración en las nuevas herramientas y se reforzarán los equipos de valoración.

No cabe duda de que la reforma en materia de discapacidad, también en esto, circula por el carril de aceleración en el reconocimiento de los derechos.

Se echa en falta la mención de una modificación en paralelo en materia de dependencia ya que, en caso contrario, se llega a un carril de un solo sentido lleno de baches que demuestra que las reformas deben hacerse con entidad, como parte del Sistema y, en nuestro caso, del Sistema del Estado del Bienestar.

Si recurrimos a la ley del 2006 en materia de concurso de tercera persona y a un Real Decreto de 2022 para la valoración de la discapacidad, estamos perdiendo la ocasión de reformular, adecuar y actuar con dos velocidades, lo que, en materia de derechos resulta incomprensible e inaceptable.

Esperemos que pronto se trabaje en las modificaciones pertinentes para la igualdad de oportunidades frente a la necesidad de concurso de tercera persona que tiene carácter también de Asistencia Personal, pues los procedimientos no deben configurar los derechos a muy largo plazo según se tramite en uno u otro procedimiento.

Consideramos que necesidades son tanto unas como otras (más, si cabe, cuando hablamos de la situación de dependencia). La aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, para la determinación de la necesidad de concurso de otra persona, se llevará a cabo por los órganos técnicos que determinen las comunidades autónomas y el Imsero en su ámbito competencial.

Respecto a las personas valoradoras que apliquen el baremo, a los efectos previstos en el párrafo anterior, en relación a los conocimientos y formación básica a requerirles como cualificación profesional en dicha función, serán de aplicación los criterios adoptados por Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 28.5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

Creemos, por tanto, que se ha perdido una oportunidad magnífica para igualar y equilibrar ambos colectivos, en cuanto a la realización efectiva de los derechos sociales y la promoción de la autonomía se refiere.

6.1. Criterios generales de graduación de las deficiencias en relación con el funcionamiento en las AVD y necesidad de asistencia de otra u otras personas.

El Criterio evaluativo de Antecedentes funcionales²⁹², evidencian el reflejo y la repercusión que la deficiencia evaluada son dos resultados: Por un lado, la valoración recae en la realización de una serie de actividades de manera independiente y autónoma o , por el contrario, pone de manifiesto en el caso concreto, la necesidad de apoyos y la provisión de los mismos.

En nuestra materia, es destacable de forma positiva, la mención expresa de la Asistencia Personal que hace la nueva regulación. Se determina, concretamente, para los grados 3 y 4 (discapacidad grave 50-95% o total 56-100%). Suponen aquellas ayudas o apoyos prestados por otra persona, imprescindibles para la correcta realización de las AVD habituales.

Este Real Decreto, amplía lo que podemos entender por Asistencia Personal unifica en la figura dos modalidades diferenciadas de apoyo como tanto físico como psicológico²⁹³. Existen numerosas terminología e instrumentos de graduación de estos apoyos y se tendrá en cuenta para su provisión varios aspectos, entre ellos la frecuencia y la intensidad del servicio. Para su clasificación y graduación se utilizará la terminología de los baremos de referencia de este Anexo III (AMA, AAIDD y CIF), en cinco niveles de gravedad, con los siguientes criterios:

A) Frecuencia del apoyo. Se tomará como referencia el apoyo o ayuda recibido en el último año, mes, semana y día. Podrá ser:

- Insignificante (Mínimo): Si es necesario menos de una vez al mes
- Periódico u Ocasional (Intermitente): Si es necesario al menos una vez al mes²⁹⁴.
- Frecuente (Regular): Si es necesario al menos una vez a la semana
- Constante (Continuo): Si es necesario al menos una vez al día.
- Permanente: Si es necesario a todas las horas

B) Intensidad del apoyo. Se descompone en las siguientes variables:

- Mínimo: Orientar, estimular, asesorar o preparar las cosas sin ayuda física a la persona o supervisión mínima, sin estar presente en la realización de la actividad.

²⁹² También denominado como “historia funcional” (HF).

²⁹³ Asesoramiento, orientación, supervisión, estímulo, incitación o apoyo verbal o gestual.

²⁹⁴ para la AAIDD, intermitente supone la necesidad de apoyo esporádica o episódica que coinciden con transiciones del ciclo vital o situaciones puntuales de emergencia

- Supervisión: Vigilar, guiar, estimular o dirigir la correcta realización de la actividad estando presente, total o parcialmente, en la realización de esta, dar ánimos, incitación, apoyo verbal o gestual para la correcta realización de la actividad.
- Físico Parcial (Limitado): Ayuda física en parte de la actividad: como maniobras guiadas en miembros u otra ayuda sin carga de peso o para tareas sencillas²⁹⁵.
- Físico Intenso (Extenso, Considerable): Ayuda física con carga de peso con realización casi completa de la actividad por otros o para tareas complejas²⁹⁶.
- Físico Total o de Supervisión Generalizada (Generalizado, Permanente, Absoluto, Extremo, Sustitución Máxima): Ayuda completa con presencia de otra persona en toda la realización de la actividad²⁹⁷.

C) Graduación de la Asistencia Personal. Se realizará teniendo en cuenta las definiciones de las dos listas anteriores y si se ha realizado alguna prueba o escala específica, se tendrá en cuenta el % obtenido en la misma, encuadrada en los cinco niveles de la escala genérica de graduación de la CIF:

- (0) Mínima (0%-4%). Siendo previsible encontrar situaciones de ayuda física o apoyos de supervisión mínimas o con frecuencias inferiores al mes.

- (1) Leve (5%-24%). Siendo previsible encontrar situaciones de apoyos de supervisión o ayuda física parcial, con frecuencia: intermitentes.- (2)

Moderada (25%-49%). Siendo previsible encontrar situaciones de ayuda física parcial o apoyos de supervisión, con frecuencia: frecuentes; o ayuda física intensa con frecuencia: intermitente; o apoyo limitado.

- (3) Grave (50%-95%). Siendo previsible encontrar situaciones de ayuda física Intensa o extensa, con frecuencia: frecuente o constante; o ayuda física parcial o apoyos de supervisión, con frecuencia: constantes.

-(4) Total (96%-100%). Siendo previsible encontrar situaciones de ayuda física intensa o total, con frecuencia: constante o permanente, con realización

²⁹⁵ Para la AAIDD, limitado supone la necesidad de apoyo de forma regular durante un periodo de tiempo corto pero definido.

²⁹⁶ Para la AAIDD, extenso supone la necesidad de apoyo de forma regular o continua en algunos dominios y contextos.

²⁹⁷ Para la AAIDD, generalizado supone la necesidad de apoyo en todos los contextos, de forma constante o permanente y de alta intensidad.

completa de todas las actividades por otra persona; o apoyos de supervisión generalizada permanente, con presencia de otra persona en la realización completa de todas las actividades, todos los días. La conclusión a la que debemos llegar es a que el desarrollo de esta normativa debe hacerse asumiendo los errores actuales y mejorando las condiciones del proceso. Es necesario para cumplir con el fin de interés público y general de dotar al Sistema de un procedimiento y nuevos baremos mucho más completos, con una definición más precisa de la discapacidad, que contemple todos los factores ambientales, sociales, psicológicos, de apoyo, etc., relacionados con las deficiencias. Asimismo, necesita ser eficaz, puesto que el procedimiento y los nuevos baremos deben ser idóneos para el cumplimiento de sus objetivos, esto es, lograr una evaluación mucho más completa y precisa de la situación de discapacidad y garantizar la igualdad de trato de la ciudadanía.

Se reconoce la necesidad de homologar la regulación sobre la materia conforme a los estándares internacionales. Los dictámenes para el reconocimiento de la discapacidad serán emitidos por equipos multidisciplinares (art. 7 RD 888/2022), quienes previamente habrán realizado una evaluación y calificación del grado de discapacidad (art. 8 RD 888/2022). Esta cuestión no se da en el procedimiento para concurso de tercera persona en el procedimiento de declaración de la dependencia.

La Administración tiene el plazo de 6 meses desde que se presentó la solicitud para dictar la resolución expresa en la que constará el reconocimiento de la discapacidad, la puntuación obtenida según los baremos establecidos y la fecha en la que realizará la revisión del grado.

Una vez reconocida la discapacidad, la Administración emitirá la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad en el que deberán constar los siguientes datos (art. 11 RD 888/2022):

- a) Datos identificativos.
- b) Grado de discapacidad.
- c) Periodo de vigencia.
- d) Dificultades de movilidad, en su caso.
- e) Necesidad de tercera persona, en su caso.

f) Medidas de seguridad y confidencialidad.

La revisión del grado se realizará en la fecha que se establece en la resolución emitida o también cuando haya habido una modificación de las circunstancias que llevaron a su reconocimiento (art. 12 RD 888/2022).

Tanto la resolución de reconocimiento del grado de discapacidad como de revisión del grado pueden ser objeto de reclamación de acuerdo con el art. 71 LRJS (art. 13 RD 888/2022).

Si bien no se puede negar el aspecto novedoso de esta materia, que ha sido alabada desde las organizaciones del tercer sector, no podemos dejar de mencionar la parte olvidada cuando hablamos de dependencia pues, ha habido una magnífica ocasión para haberla tenido en cuenta.

III

FILOSOFÍA DE “VIDA INDEPENDIENTE”.

PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA ASISTENCIA PERSONAL



“La gente, viene a mí y dice que preferiría estar muerto que ser como yo y, se lo pierden tanto, porque la vida es una gran alegría”. Hay tanto para agarrarse a la vida si estás interesado. Hay tantas razones para morir si no lo estás en absoluto.

“(Ed Roberts en la película Free Wheeling)²⁹⁸

1. EL MOVIMIENTO DE VIDA INDEPENDIENTE. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA ASISTENCIA PERSONAL

Una de las características del Derecho es la regulación de la materia que socialmente está viva y es exigida como protección jurídica y eso sucedió asimismo con el movimiento de vida independiente, de tal manera que a éste le sucedió el derecho a ser incluido en la comunidad, y fue regulado en el artículo 19 de la Convención. Sin duda, estos hechos, fueron un coadyuvante para la consecución de un nuevo modelo de atención a las personas discapacitadas (llamadas con esta nueva filosofía, personas con diversidad funcional)²⁹⁹.

En esta tesis, se va a utilizar la expresión personas con discapacidad por ser la legalmente establecida, sin olvidar el concepto social tan cargado de contenido³⁰⁰.

²⁹⁸ Ed Roberts, el activista de derechos de los discapacitados, es el tema del Google Doodle de el 23 de enero. Roberts nació el 23 de enero, 1939 y estaría celebrando su 78 cumpleaños, si estuviera vivo hoy. Murió el 14 de marzo de 1995, a los 56 años.

²⁹⁹ Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Integración de las personas discapacitadas», en VVAA, La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares 2012, p.. 588

³⁰⁰ Ver más en Romañach y Lobato. Foro de vida Independiente y Diversidad, mayo 2005. Disponible en <http://www.forovidaindependiente.org/node/138>

Queremos centrar la materia en el origen social que la determinó y que supuso el reconocimiento a la vida independiente. Sin embargo, no debemos olvidar que, tal y como ocurrió en la propia vida del precursor del movimiento, la "decisión de vida independiente" se produjo primero por parte de la propia persona con discapacidad y de su familia. Efectivamente comenzó cuando, en secundaria, la madre de Ed le instó, ¿por qué no vas al colegio?, ahí nació el sentimiento de vida independiente, inspirado de normalidad en esa pregunta. Por ello, se debe centrar el origen del movimiento en el momento del nacimiento para proyectar la vida de la persona con discapacidad, lo más autónoma posible.

El origen del Movimiento de Vida Independiente (en adelante MVI), se localiza en el momento en el que Ed Roberts ingresó en la universidad de Berkeley, California. La Universidad no estaba preparada para acoger a estudiantes con discapacidad y mucho menos dependientes con movilidad reducida y usuario, por tanto, de silla de ruedas. Al encontrarse con uno matriculado, tuvo que realizar actuaciones para que pudiera desarrollar su actividad. A modo de ejemplo, permitió que dicho alumno se alojara en la enfermería de la universidad. Con necesidad de apoyo para casi todas las tareas de la vida cotidiana, Ed Roberts empezó a contratar, con fondos federales, asistentes personales para que le ayudaran en dichas tareas. Al cabo de poco tiempo, 12 personas con gran diversidad funcional convivían en esa enfermería. En estos momentos, nació un programa para estudiantes con diversidad funcional que posteriormente se amplió para no estudiantes y así permitirles vivir de forma independiente fuera del campus universitario³⁰¹.

Varios fueron los hitos alcanzados: En primer lugar, supuso un hecho físico, como era el de identificar la enfermería como lugar idóneo para Roberts, evidenciaba lo insólito de la situación, el hecho de que se llenara con más estudiantes con discapacidad y se pensara en ellos fuera de esa localización, podemos decir que supuso un segundo paso de visualizar a un colectivo propio con necesidades específicas.

En segundo lugar, a modo de fotogramas, la vida de las personas con discapacidad iba dando cambio del modelo médico rehabilitador hacia el social y que se sigue, actualmente consolidando poco a poco, después de muchos años de batallas. Sin embargo, creemos que, aunque la mayoría de los textos analizados, referencian el nacimiento del movimiento en la llegada de Ed Roberts

³⁰¹Arroyo Méndez, J. y Cruz González, E., «La Asistencia Personal», en VVAA, Situación de la Asistencia Personal en España, Predif, Madrid, 2015, p.. 13 en <http://www.asistenciapersonal.org/informe.pdf>.

a la Universidad, sin embargo, no cabe duda de que antes de ese momento, la decisión independiente ya estaba tomada y la universidad fue la pantalla de cine en la que se universalizó el acontecimiento.

La llave de contacto de la vida independiente, pensamos que se produjo desde el apoyo familiar y que comenzó cuando su madre (superando la sobreprotección abocada para una discapacidad tan visible e invalidante como la secuela de polio), le dijo cuando cursaba secundaria en casa: “Ed, ¿Por qué no vas a la escuela?”

La historia, brevemente relacionada a modo de momentos claves, fue la siguiente:

- Ed, contrajo la polio a los 14 años (dos años antes de que se sacara al mercado la vacuna contra la enfermedad) y quedó paralizado del cuello hacia abajo³⁰².

- Roberts se convirtió en activista en la escuela secundaria, al serle negado el Diploma Debido a que no pudo terminar la clase de gimnasia.

- Roberts es considerado como el padre del Movimiento para la Vida Independiente (en adelante MVI). Es más, incluso el Campus Ed Roberts lleva el nombre de Roberts y está diseñado para ser accesible a todo el mundo. Es una organización que se enfoca en proveer oficinas y espacios que son de fácil acceso para los discapacitados.

- Jerry Brown hizo Roberts el director del Departamento de Rehabilitación Vocacional de California en 1976³⁰³. La misma organización que, anteriormente, se negó a proporcionar a Berkeley con fondos adicionales para ayudar a asistir a Roberts, ya que lo consideraban demasiado discapacitado para encontrar trabajo después de graduarse. Junto a ello, también, podemos advertir que fue el primero en ocupar el cargo con una discapacidad.

- La silla de ruedas de Roberts (que no era eléctrica), se encuentra ahora en la Smithsonian Institution.

Una vez creada e internacionalizada la filosofía de Vida Independiente, se hace necesario completarla, como señalan Palacios y Bariffi, con un modelo

³⁰² <https://youtu.be/ZxidR5SZXxA>.

³⁰³ <https://youtu.be/E1n379TcS-U>

compacto que se encuentre íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos relacionados con los derechos humanos.

Además, la aspiración de potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, supone una normalización del entorno, y diálogo, entre otros.

Se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir su propia vida y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades³⁰⁴.

En los años 80 el MVI llegó a Europa, donde se instalará en países como Gran Bretaña, Suecia, Noruega o Irlanda. En estos, la figura del asistente personal tiene ya un largo recorrido. En España habrá que esperar hasta el año 2001 con la aparición del Foro de Vida Independiente, que asume los postulados del MVI y empieza a difundirlos. Por primera vez se reclama asistencia personal para personas con discapacidad como un derecho promotor de la autonomía del colectivo y no con un carácter médico-rehabilitador.

No cabe duda de que la promoción de la Autonomía se dirige también a las personas mayores pues debe tenerse en cuenta el poder decidir sobre la propia vida, siempre. En este trabajo nos centramos en la discapacidad, pero hacemos extensibles los contenidos con las especificidades propias del colectivo de mayores³⁰⁵.

Las premisas que fundamentan el cambio de paradigma hacia V.I. Principalmente fueron: i) La desinstitucionalización, como normalidad desde el primer momento. ii) El poder tomar decisiones y iii) La libertad de elegir la forma de vida.

³⁰⁴ Palacios, A. Bariffi, F. "La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos". Ed. Cinca S.L., 2014, p.. 19.

³⁰⁵ Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Igualdad y no discriminación por razón de edad y Derechos de los Mayores», en Monereo Pérez Y Monereo Atienza, El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes, Granada, Comares, 2014, p.. 105.

Para conseguir tales objetivos, propusieron un nuevo mecanismo: la Asistencia personal que supone mayor autonomía de la gestión. Ahora, estamos hablando de la autodeterminación y para ello el contenido de la relación deberá basarse en las siguientes notas:

El MVI, cuyos principios básicos serían:

- Derechos humanos y civiles;
- Autodeterminación;
- Autoayuda (Apoyo entre Iguales);
- Posibilidad para ejercer poder (Empoderamiento);
- Responsabilidad sobre la propia vida y acciones;
- Derecho a asumir riesgos; y,
- Vivir en la comunidad.

A su vez, los pilares en los que se basan los principios de la Filosofía de Vida Independiente serían:

- Toda vida humana tiene un valor.
- Todos/as, cualquiera que sea su diversidad, son capaces de realizar elecciones.
- Las personas con diversidad funcional lo son por la respuesta de la sociedad a su diversidad física, intelectual y sensorial y tienen derecho a ejercer el control de sus vidas.
- Las personas con diversidad funcional tienen derecho a la plena participación en la sociedad³⁰⁶.

Consideramos que la A.P. es un recurso que asegura la inclusión en la comunidad para realización de las actividades más gravosas Y para las personas con dependencia y que conlleva a que la toma de decisiones se considere libre y voluntaria, pues redunde en los aspectos de su propia vida, al igual que el resto de la ciudadanía hace, ni más ni menos

³⁰⁶ Arroyo Méndez, J. y Cruz González, E., «La Asistencia Personal», op. cit., p.. 14 (<http://www.asistenciapersonal.org/informe.pdf>).

La frase que surgió como un clamor y que se fue extendiendo a lo largo de los últimos 30 años, por activistas estadounidenses, se conjugó al grito de “nada sobre nosotros sin nosotros”³⁰⁷.

Se trata de superar las figuras representativas de instituciones jurídicas como la de la tutela y la de la representación que, en base al denominado “interés superior de la persona con discapacidad”, se refleja en decisiones tomadas de forma ajena a la persona con discapacidad en muchas ocasiones.

Como pone de manifiesto el profesor Ruíz, el resultado de esta línea de pensamiento refleja que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Sin embargo, para poder llevar a cabo esta propuesta, será indispensable la existencia de dos presupuestos: de una parte, un marco favorecedor del expediente de inclusión; y de otra, un clima de respeto a las diferencias. Estos movimientos son los que ayudaron a configurar, con su acción previa, un modelo social de la discapacidad¹⁵, contribuyendo al desarrollo de políticas de identidad colectiva que han permitido que la experiencia de la discapacidad se reinterprete de un modo positivo³⁰⁸.

³⁰⁷ García, J. V. (2003). “El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales”. Madrid: Fundación Luis Vives.

³⁰⁸ Ruíz Santamaría, J.L.; “Prevención de riesgos laborales y discapacidad” La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo”. Ed. Laborum 2021. p 1045-1047

1.1. LA TRANSDISCIPLINA COMO MODO DE INTERVENCIÓN

"Un físico es un trozo de materia que investiga la materia. Un biólogo es un trozo de vida que investiga la vida. Un sociólogo es un trozo de sociedad que estudia la sociedad. Todos son espejos que el universo se pone en su centro". problemas del reduccionismo.

Ricardo Martín Ibáñez (El regreso del sujeto.1991)³⁰⁹

La vida independiente y su desarrollo, requiere de unas intervenciones en muchos ámbitos de la vida, de ahí que se necesiten profesionales de diversas especialidades cuando hablamos de la actuación sobre el colectivo.

El hecho de poder contar con distintos perfiles en la intervención de los procesos relacionados con las personas con discapacidad y sus familias supone, sin duda, un avance de las especialidades profesionales. Por tanto, no se trata de proponer otro procedimiento más en torno al ejercicio de los derechos, sino de dar contenido a la forma de hacer el diagnóstico y tratamiento de la situación de la persona desde la promoción, desarrollo y defensa de sus derechos.

La Transdisciplina, como modo de intervención, la proclamamos en torno a la casuística que se presente y siempre que sea necesario, Como ya hemos expuesto en varias ocasiones, consideramos que en la integración de los equipos de profesionales debe prevalecer la intervención específica a cada persona, mediante la provisión de los apoyos necesarios para cada una de ellas, lo que conllevará sin duda, a la existencia de una inclusión en la comunidad con identidad propia.

Reformulemos, en este momento el planteamiento de la A.P. como cuestión de protección social que debe hacerse desde la persona, desde la familia, desde el entorno social y desde la intervención. Estos vectores claves, hacen que la visión del derecho, lo sea de forma conjunta y para todos los territorios, por lo que consideramos esencial darle la categorización de derecho humano y, debido a su especificidad, de derecho humano de segunda generación.

La A.P., por tanto, es planteada en este trabajo como el recurso clave para la inclusión en la comunidad y como uno de los modelos hacia la vida independiente.

La transdisciplina, es una concepción reforzada, que nos planteamos en base a la necesidad de poder abarcar la calidad del servicio público de forma integral, para que responda lo más posible a todas las necesidades y

³⁰⁹ Marín Ibáñez, R: Interdisciplinariedad y enseñanza en equipo. Madrid: Ed.Paraninfo.1979

circunstancias de asistencia individual de cada persona usuaria, posibilitando así la elección y realización de su proyecto vital y no al contrario.

No es una equivalencia de fórmulas, marcadas por exigencias y regulaciones institucionales de números de horas de atención, sino que debe ser un recurso de promoción de la autonomía de la persona usuaria³¹⁰.

El objetivo de este apartado, por consiguiente, se dirige hacia varias cuestiones que presentan una visión en conjunto de la asistencia personal desde el punto de vista transdisciplinar:

- En primer lugar y tal y como hemos mencionado más arriba, la vida independiente que debe comenzar a pensarse desde el mismo momento en que aparece la necesidad en nuestras vidas, para ir conformando la autonomía y la plena inclusión en condiciones de igualdad. Para ello, los informes psicológicos, sociales y médicos deben trascender al conocimiento de estas circunstancias. Como un traje a medida, donde dos más dos no son cuatro siempre, sino una unión de números variados que plantean intervenciones únicas.
- En segundo lugar, es necesario plantear la agenda de la promoción de la autonomía personal y social, desde edades tempranas.
- En tercer lugar, el modo de conocer la relación entre las partes para que el servicio sea prestado y ofrecido desde lazos sociales profesionales para reducir el riesgo de ser víctimas de lazos sociales no profesionales por ambas partes.
- Para ello, la transversalidad en los procesos, más allá de la resolución de reconocimiento de la situación de discapacidad y/o dependencia. Será esencial en esta crear una persona gestora de apoyos que fuera experta en la materia y que creemos necesaria para el trabajo en red propuesto. La transdisciplinariedad, por tanto, es un esquema de intervención que permite "atravesar" las diversas disciplinas. También podemos decir que es el espacio entre las dimensiones de una persona donde se evidencia un constante flujo de información, creando un proceso determinado de intervenciones³¹¹.

³¹⁰ Se trata de satisfacer las necesidades personales en las actividades de la vida diaria, instrumentales, laborales y de participación social, que como es obvio, no se desarrollan exclusivamente en el domicilio. Todo ello se materializa en medidas amplias para el desarrollo de las capacidades y de las prestaciones y servicios de calidad que superen la vulnerabilidad. Es desde este concepto que se desarrolla los mandatos normativos institucionales.

³¹¹ Morin, Edgar, Ciencia con conciencia. Barcelona: Anthropos 1984.

1.2. LAS HERRAMIENTAS CONTRA LA EXCLUSIÓN POR DISCAPACIDAD

«...la discapacidad no es una condición a curar, a completar o reparar: es una construcción relacional entre la sociedad y un sujeto (individual o colectivo). La discapacidad toma cuerpo en un espacio situacional, dinámico e interactivo entre alguien con cierta particularidad y la comunidad que lo rodea».

(Brognna, 2006)

Sin obviar otras dimensiones en las estrategias de intervención, ponemos el acento en la promoción de la autonomía porque es el punto de partida como condición necesaria, que no única, para la perspectiva inclusiva. El objetivo pasa por la reducción de los factores limitantes de la discapacidad como factor de riesgo de exclusión social.

La principal herramienta contra la exclusión surge del MVI que hemos mencionado con anterioridad, supuso el cambio pues, para el logro de los objetivos, se realizó un despliegue de recursos en entornos comunitarios debe favorecer la toma de control sobre las cuestiones que afectan a la propia vida, con especial atención a la promoción y el mantenimiento de relaciones sociales satisfactorias fuera de los círculos específicos y/o institucionalizados.

Por parte del Sistema, la Accesibilidad Universal, hace realidad el poder circular libremente por la ciudad sin impedimentos arquitectónicos, de comunicarse telefónicamente con modelos visuales que puedan utilizar las personas sordas, sonidos en los semáforos para que las personas no videntes reconozcan los cambios de luz, etc. Para todas las personas con discapacidad, la Accesibilidad Universal implica la posibilidad de ser, en primera instancia, una persona con igual consideración ante la ley, es decir, una persona con derecho a tener derechos.

La finalidad es poder configurar y desarrollar en algunos apartados, una serie de herramientas y estrategias para la lucha en favor de la no discriminación por motivos de discapacidad pues toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y tiene derecho a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional y de acuerdo con la organización y los recursos de cada Estado, de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad³¹².

Como contenido, dentro de la diversidad de cada país y respecto al continente americano, parece haber evidencia en los últimos años, según algunos

³¹² Art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

autores³¹³, apreciando un cierto avance generalizado de la de la acción estatal en materia de protección social, tanto en términos presupuestarios como en la magnitud de las poblaciones atendidas y las coberturas contempladas.

En este sentido, se pone de manifiesto respecto a las políticas sobre las personas con discapacidad, una evolución de los modelos de intervención pública, que evoluciona desde el marco rehabilitador hacia la gestión de los apoyos específicos de cada persona. En el marco de la protección social esa evolución se hace posible, entre otros agentes, a través de los compromisos públicos.

En diversas publicaciones, el Observatorio Estatal de la Discapacidad de España (en adelante OED), ha puesto de manifiesto la situación de las personas con discapacidad en nuestro país³¹⁴. Junto a ello, el informe de la comisión para el análisis de la situación actual del sistema de la dependencia, de su sostenibilidad y de los actuales mecanismos de financiación, para evaluar su adecuación a las necesidades asociadas a la dependencia, reconoce el avance de la ampliación de la prestación económica por asistencia personal a todos los grados de dependencia como contrapeso al recorte en prestaciones.

Asimismo, se hace eco de la falta de ponderación de la CC.AA. en la adecuación de las prestaciones y servicios, para garantizar la sostenibilidad del sistema, y la ampliación de la prestación económica por asistencia personal a todos los grados de dependencia soportados. La finalidad no es otra que para garantizar la sostenibilidad del sistema, y la ampliación de la prestación económica por A.P. a todos los grados de dependencia.

El 29 de marzo de 2022, publicó el informe comprendiendo el periodo 2020-2021 y en lo que respecta a la promoción de la autonomía, destinadas a la financiación del programa específico de formación y acciones de apoyo al empleo de personas con discapacidad en el ámbito de la asistencia personal dentro del programa de itinerarios integrados de inclusión sociolaboral para personas con discapacidad y medidas complementarias³¹⁵.

Tal y como se asume en el mundo de la discapacidad, se entiende que la exclusión es un proceso en el que intervienen aspectos internos y externos que se encuentran estrechamente interrelacionados, pues forman parte de la vida

³¹³ Cecchini, S.; Filueira, F.; Robles, C. (2014): Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe. Una perspectiva comparada. Santiago de Chile: ONU y Cecchini, S.; Filueira, F.; Robles, C. (2014): Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe. Una perspectiva comparada. Santiago de Chile: ONU.

³¹⁴ En su informe Olivenza de 2017, ha desarrollado un sistema de indicadores de inclusión social aplicado a la población con discapacidad, que utiliza como estándar de referencia la situación de la población general comparándola en cada uno de los ejes

³¹⁵ Castilla y León: Resolución 26 de mayo de 2021, de la Gerencia de Servicios Sociales, por la que se convocan subvenciones cofinanciadas por el FSE,

continua que recorre las funciones fisiológicas de la persona, su capacidad potencial y su desempeño real de tareas,. Junto a esto, el panorama se multiplica de cara al desarrollo personal y la influencia, positiva o negativa, del entorno social. Es esta forma transversal la que hemos asumido como de intervención transdisciplinar basado en un modelo de competencias, necesidades bajo áreas de intervención, con identificación y diagnósticos de situaciones de riesgo, para promover la autonomía en base a recursos ordenados del modo más coherente para la persona con discapacidad y su entorno. Son importantes las elecciones de intereses, amistades y redes sociales de cada persona, crecemos y nos desarrollamos en sociedad con una rica inter.-dependencia que una vida plena ofrece. Es por ello por lo que se debe mirar con un prisma de la interdependencia, la evidencia de la propia vida. La gestión social, debe ser, según Mokake, una estrategia que se base en los criterios de equidad, eficacia, eficiencia y sostenibilidad que permitan realizar las correspondientes tomas de decisiones, acciones a seguir, seguimiento y evaluación de los resultados de tales acciones. El abordaje de la gestión social como herramienta en la inclusión, permite que los profesionales que intervienen con las personas con discapacidad tengan una visión más amplia y vean al colectivo desde una perspectiva social, analizando sus ámbitos e interviniendo en ellos de manera positiva y constructiva para su desarrollo como personas autónomas y participativas.

Las herramientas forman un cajón en donde deben permanecer siempre unos criterios de actuación y de estrategia pública básicos como : La construcción de un Sistema de Apoyo integral, la dotación presupuestarias a entidades del Tercer Sector, las regulaciones específicas en materia de contratos y reducciones fiscales, y la Formación Profesional Especializada, entre otras cuestiones.

2. LA ASISTENCIA PERSONAL. PLANTEAMIENTO GENERAL

No es tan solo una cuestión de administrar la dosis justa, sino de llevar una vida placentera y que tenga sentido: con sistemas de apoyo, participando en la comunidad, sintiendo respeto por uno mismo y que los demás te respetan.

Oliver Sacks (2016)³¹⁶.

³¹⁶ En movimiento. Una vida. Anagrama: Madrid. p. 77

En palabras de Corbett³¹⁷, ninguno de nosotros somos realmente individuos independientes, dependiendo como lo hacemos de las estructuras que mantienen nuestra vida diaria. Estar completamente vivo como ser humano requiere una complicada interdependencia entre redes de personas y sistemas. Independencia no significa adaptarse sin ninguna clase de ayuda. Ello supondría, sin duda una vida bastante triste. Es, por tanto, imprescindible distinguir entre la importancia de la independencia como un proceso basado en habilidades y la independencia como una marca de la individualidad.

La Asistencia Personal y su determinación dentro del SAAD, para lo que es necesario evidenciar su importancia y necesidad de mejora.

En la Resolución de 18 de noviembre de 2014, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante IMSERSO), se convocaron subvenciones a residentes de Ceuta y de Melilla para facilitar la autonomía personal, mediante ayudas económicas para la adquisición de ayudas técnicas y realización de obras de accesibilidad y adaptaciones del hogar. El requisito es que la persona solicitante hubiera sido valorada en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados, Sin entrar a considerar si tal persona solicitante era o no ya persona beneficiaria de las prestaciones del Sistema.

Esta posibilidad que se recoge en el texto de la LAAD es siempre con carácter potestativo para las administraciones públicas, y con la naturaleza de subvenciones.

El carácter potestativo atribuido a las AA.PP. poco o nada tienen que ver con los llamados por la propia Ley derechos subjetivos. Tampoco parece acercarse al ámbito de la responsabilidad pública el hecho que tenga el carácter de subvención, pues lo que subyace en estos casos es la cuantía económica determinante de poder ejercer un derecho o suspenderlo sine die. La conexión de la LAAD con el resto de la normativa que hemos ido analizando en los diferentes textos normativos, es evidente.

Por una parte, el art. 48 de la LGDPD, proclama el derecho a la protección social, estableciendo que las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a unos servicios y prestaciones sociales que atiendan con garantías de suficiencia y sostenibilidad sus necesidades, dirigidos al desarrollo de su personalidad y su inclusión en la comunidad, incrementando su calidad de vida

³¹⁷ Corbett, J. (1997): «Independent, Proud and Special: Celebratin our Differences», en Barton, L. y Oliver, M. (eds): Disability Studies, Past, Present and Future, Leeds, The Disability Press. 1997, p.90.93

y bienestar social. Los Servicios Sociales evolucionaron en estos últimos años. Podemos decir que el primer “punto de inflexión” en nuestro país es con la CE de 1978, aunque no formule, expresamente, el reconocimiento del sistema público de Servicios Sociales, que contiene un mandato para que los poderes públicos realicen una función promocional del bienestar social; así en el artículo 1, se proclama al país como un “Estado Social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” y se establece que las competencias en materia de Asistencia Social recaen en las CC.AA. y con la aprobación de sus correspondientes leyes en materia de asistencia social y servicios sociales.

Se reordena el Estado de Bienestar con la aprobación de la CE en su Art. 41 de la Seguridad y las prestaciones sociales, además de hacer mención expresa de los servicios sociales en al Art. 50 y los relaciona con las personas de la tercera edad. Siguiendo con nuestra Carta Magna, el artículo 9.2 por su parte dice: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Los tipos de Servicios Sociales establecidos encuentran la referencia del al apoyo familiar, servicios de orientación e información sobre prestaciones y servicios de atención domiciliaria que, necesitará distinguir las horas dedicada a las viviendas o a la atención de las personas, de viviendas, centros residenciales, o los más recientes de centros de día y de noche.

Se destaca de forma finalista, en el punto 3 del art. 51, la prevención de las deficiencias y de la intensificación de las discapacidades por medio de la promoción de la autonomía personal, cuya finalidad es prevenir la aparición o la intensificación de discapacidades y de sus consecuencias.

Los recursos que pueden hacerlo posible son, entre otros, las actuaciones encaminadas a la promoción de condiciones de vida saludables, apoyo en el entorno y programas específicos de carácter preventivo. Entre ellos podemos destacar e programas y actividades grupales de carácter preventivo y actividades ocupacionales, orientadas a mantener o mejorar la capacidad para realizar las actividades básicas de la vida diaria, evitar la aparición de limitaciones en la actividad, potenciar el desarrollo personal y la integración social, fomentando y desarrollando las capacidades comunicativas y de interrelación personal,

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal
generación de grupos y otras habilidades sociales. Todo ello con el fin de alcanzar el mayor nivel de autonomía y calidad de vida³¹⁸.

En materia del Sistema de protección social, la LAAD y el Sistema creado por ella de prestaciones y servicios, se basa en la cooperación y en la coordinación de las distintas administraciones públicas, que deberán realizar esfuerzos importantes en aras a conseguir la efectividad de estos derechos, a través sobre todo de la financiación de los distintos servicios sociales.

Haciendo una síntesis de lo que manifiestan De la Red, Díaz y Salvador, los objetivos concretos de actuación de los Servicios Sociales que recoge la legislación española son varios debido al colectivo³¹⁹:

- Protección y apoyo a la familia;
- Atención y promoción del bienestar de la infancia
- Asistencia y apoyo a la tercera edad;
- Rehabilitación e integración de las personas con discapacidades;
- Prevención de la marginación y reinserción social de los marginados
- Prevención de las toxicomanía y rehabilitación y reinserción de los afectados
- Evitación de situaciones de discriminación por razón de género y promoción de la mujer.
- Atención a los problemas específicos de las minorías étnicas u otros colectivos como transeúntes, inmigrantes.
- Información y asesoramiento en cuanto a recursos sociales, colaboración en situaciones de emergencia social y desarrollo de la comunidad.

Para la consecución de estos objetivos, los servicios sociales planifican sus actuaciones mediante diferentes vías. Concretamente, el sistema público de Servicios Sociales (en adelante SPSS), estructura sus estrategias de intervención en dos niveles diferenciados: Servicios Sociales Comunitarios y Servicios Sociales Especializados, realizando sus operaciones a través de una serie de programas y prestaciones.

En el SPSS, existen diferentes niveles de intervención pública se acercan a una estructura muy parecida que articula la intervención en dos niveles:

³¹⁸<https://www.juntadeandalucia.es/agenciadeserviciosocialesydependencia/>

³¹⁹Arriola, M.J. y Setien, M.L. (1997). " Política Social y servicios Sociales" en Aleman y Garces (Coords.) Política Social. Ed. Mc Grau Hill. Madrid .

- a) Servicios Sociales Comunitarios (también llamados: básicos, de Primer Nivel, Generales... según cada región)
- b) Servicios Sociales Especializados (también llamados Específicos, Nivel Secundario, de Atención especializada... según la región).

Como conclusiones, podemos considerar que no basta con crear el Derecho, sino que es necesario que se pueda acceder a las prestaciones y servicios dignamente. También, que es necesario dotar de oportunidades al colectivo en condiciones de igualdad, por medio de la accesibilidad universal y la autonomía personal. Tercero, la creación de condiciones materiales para el ejercicio de los derechos sociales es esencial, considerando para ello: su disponibilidad, asequibilidad, accesibilidad y las habilidades, entendiendo éstas la unión del deseo y las capacidades de la persona.

Por último, se pone de manifiesto que tenemos que poner el énfasis en la creación de capacidades y de autogobierno. Existe la necesidad de una capacitación que debe ser extendida a largo plazo tanto para las personas con discapacidad como para el tercer sector por medio de prestaciones y servicios que perpetúen la inclusión en igualdad de oportunidades³²⁰.

Las CC.AA. han aprobado Leyes de Servicios Sociales, cuyo eje central es la organización del sistema público de servicios sociales³²¹. Como se pondrá de manifiesto, en materia de prestaciones económicas, se ha utilizado una fórmula "de apaciguar ánimos con prestaciones dinerarias", muy lejana de la idea original³²² donde prevalecía la prestación de los servicios³²³.

Por otro lado, dentro del catálogo y cartera de prestaciones y servicios de las CC.AA., nos encontramos que se han identificado los servicios y prestaciones que se deben garantizar a través del sistema de servicios sociales en el ámbito de

³²⁰ Sin esta base todo lo que se haga, puede llevar a perpetuar la exclusión de esta población. Vida de apoyos para el desarrollo personal

³²¹ desarrollando el papel de los servicios sociales de atención primaria y servicios sociales de atención especializada en el ámbito de personas sin hogar.

³²² López, G. y Del Pozo, R. (2010). "La protección social de los problemas de dependencia en España". Documentos de Trabajo CRES – Fundación Caser, 1.

³²³ La Constitución Española establece en sus artículos 41, 139.1 y 149.1.1, la garantía de un "régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos y la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad"; así como 'los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado' y la "igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

las personas sin hogar. Estas prestaciones se ejecutan a través de los Servicios Sociales Municipales que constituyen el Nivel de Atención e Inserción Primario.

Si mencionamos algunas sentencias recientes en torno a la constitución de apoyos en ciertos momentos clave, podemos advertir la importancia del SAAD en la detección y prevención de situaciones de “emergencia social” de la persona con discapacidad. Sirva a modo de ejemplo los siguientes supuestos.

En definitiva, la promoción de la autonomía debe pasar por organizar, intensificar y ampliar:

- los servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación,
- Los ámbitos de la salud, el empleo, la educación,
- los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona ³²⁴.

Vamos a detenernos en la jurisprudencia en este sentido para poder tener una visión más esclarecedora del tema. Por un lado, mencionamos la a SAP Murcia (Sección 4ª) 8 octubre 2021, rec. nº 2296/2019, revocó la sentencia (dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había sujetado a tutela a una persona que padecía una esquizofrenia paranoide, la cual, al haber abandonado su medicación, había tenido que ser ingresada hospitalariamente en diversas ocasiones, nombrando para el cargo de tutor a una fundación, a la que había encomendado el cuidado de la persona y la administración de sus bienes. Reconoce que la esquizofrenia provoca una clara necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, lo que justifica la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, *“pues cuando no está controlada la administración de medicamentos, se descompensa, con un grave deterioro de su estado mental y de los cuidados de su propia persona y entorno”*.

Por otro lado, la SAP de Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021, rec. nº 45/2020, revocó la sentencia (también dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había incapacitado parcialmente a una persona con un cuadro afectivo, vinculado a un trastorno depresivo mayor recurrente y a otro, de ansiedad generalizada grave, de evolución crónica y prolongado en el tiempo, que podía presentar descompensaciones agudas recurrentes, imprevisibles temporalmente.

³²⁴ Artículo 26 de la Convención. La finalidad es la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales.

Sus capacidades de autogobierno requieren de ligera supervisión de terceras personas, siendo autónomo para la mayoría de las actividades. Por ello, la Audiencia consideró procedente establecer en favor de la persona con discapacidad una curatela (encomendada al IVASS), pero, con carácter meramente asistencial, excluyendo que, en este caso, pudiera tener carácter representativo, pues *“es posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas en la vista de apelación”*, y, además, es *“la medida más adecuada y proporcionada”* para *“procurar la adecuada toma de medicación y el seguimiento del tratamiento médico prescrito”* y para supervisar *“los actos patrimoniales de mayor trascendencia, que son los de naturaleza económica enunciados en el artículo 287 del Código Civil”* (ámbitos estos, a los que se circunscribe la curatela).

Llegado a este punto, nos preguntamos si todas estas actividades no podrían incluirse en la figura como la de la A.P. Consideramos que si lo es y que, además dotaría el apoyo de una promoción de autonomía de la persona y no de una dotación judicial de marcado carácter impositivo³²⁵.

En esa reforma civil planteada con la ley 8/2021 el principio anterior ha quedado desfasado ya que prevalece siempre la toma de decisiones de la persona con discapacidad, y que sea planteada directamente por ella por sí o por medio de la provisión de apoyos necesarios para ello. Esto se torna en un escollo, cuando hablamos de dependencia, tanto en menores como en mayores de edad avanzada.

En los casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones, se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Para, la concreción de la prohibición de discriminación por razón de edad, recogida en el artículo 21.1 de la misma Carta de los Derechos Fundamentales de

³²⁵ No ocurrirá esta posibilidad en otros supuestos contemplado judicialmente, como es el caso de SJPI Guadalajara (Sección 7ª) 27 octubre 2021, rec. nº 136/2021. o de la La SAP La Coruña (Sección 5ª) 22 diciembre 2021, rec. nº 413/2021, que constituyen casos de personas que no pueden autogobernarse debido a su propia discapacidad.

la Unión Europea se reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural³²⁶. Sin embargo, esta filosofía no encuentra su respuesta en las cifras del sistema de prestaciones y servicios pues, como se verá, tiene poca repercusión en las estadísticas sociales. El hecho determinante para el cambio del sistema, no nace de que sea una filosofía como pensamiento o razón, sino de que sea cultura en la sociedad y en las Administraciones, ese es el camino para convertirse en algo inherente a las respuestas públicas.

Para ello, hace falta tener la cultura de la autodeterminación y vida propia del colectivo y para ello consideramos que la cultura es aquello que nos queda cuando se nos ha olvidado todo lo que hemos aprendido. Es un poso que se manifiesta de forma espontánea ante las situaciones planteadas. Por tanto, hasta que se consiga esta situación, queda mucho camino por recorrer.

Los cambios llevados a cabo en base a la promoción de la autonomía de las propias personas con discapacidad y su atención, se plasmaron en los avances normativos y sociales de las sociedades modernas hace relativamente poco tiempo, como hemos podido ver en el capítulo anterior.

Los posicionamientos en este apartado van dirigidos al ámbito normativo y sus fundamentos, la determinación de competencias y funciones de la relación entre partes para acabar, con la propuesta de incluir la figura en la modalidad de procedimiento unificado para el reconocimiento de la discapacidad y de la situación de dependencia que se propone en esta tesis.

En este sentido, podemos llegar a una definición de la figura jurídica analizada, sin ánimo de ser pretenciosos. Así, la AP, puede ser concebida como un recurso instrumental, para proporcionar mediante la accesibilidad la participación plena y efectiva, por la no discriminación la inclusión en la comunidad y mediante el apoyo específico la vida independiente de la persona con discapacidad. En palabras de Molina: “La práctica demuestra que la cartera de servicios de atención a la discapacidad y dependencia sigue anquilosada en el modelo asistencialista siendo necesaria una apuesta decidida por el fomento de servicios que promuevan la autonomía personal y la vida independiente, reduciendo con ello la institucionalización de las personas con discapacidad o en situación de dependencia”³²⁷.

³²⁶ Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Derechos de las Personas Mayores», en Monereo Pérez y Monereo Atienza, La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, p. 558.

³²⁷ Molina Fernández, C.: “Bloque V. Normativa”, en AA. VV.: Situación de la asistencia personal en España, Predif, Madrid, 2015, p. 45.

El hecho es, que el reconocimiento se efectúa para colectivos gravemente dependientes desde 2006 a 2012, donde por medio del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que amplió la A.P. a todos los grados de dependencia, con algunos efectos en materia económica en las prestaciones. Para llevar a cabo estas pretensiones, la herramienta de los Planes estratégicos es determinante para llevar a cabo una buena gestión como desafío público. Podemos decir que la finalidad del Plan Estratégico es definir los objetivos y determinar cuáles son las mejores acciones que deben llevarse a cabo para alcanzar dichos objetivos. Estos pueden venir determinados por el propio Estado o como consecuencia de compromisos adquiridos internacionalmente. Entre sus beneficios no cabe duda de que, focalizar la atención en lo necesario, hace que se facilite la gestión de la autonomía personal al hacerla más transparente; provoca la asignación de políticas concretas a los diversos sectores implicados y también, permite la evaluación de la gestión en función del cumplimiento de las actuaciones especificadas. Con todo ello, la institución pretende responder a las necesidades propias y del entorno.

Es esencial que la modernización de la sociedad exige de las AA.PP. una mayor eficacia en los servicios y una mejora en su eficiencia y calidad, en cuanto garante de derechos, prestadora de servicios y promotora del cambio social. La planificación estratégica sirve, fundamentalmente, para crear futuro a partir del presente, es decir tiene la pretensión de buscar estrategias competitivas para una nueva era, de lo que se deduce que el plan estratégico hace que se puedan tomar decisiones hoy para fundamentar la construcción del éxito del futuro.

Consideramos que entre los requisitos que debe tener un plan estratégico para que pueda resultar coherente, destaca la posibilidad de que participen en él, el mayor número de personas, para poder aprovechar al máximo su especialización. Igualmente, es requisito indispensable que participen en su diseño, planificación, seguimiento y evaluación, las personas a las que va dirigido³²⁸. Varios son los instrumentos para ello, destacando, entre otros:

- La Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad es un sistema de registro, de ámbito estatal, de los expedientes de valoración de las personas con discapacidad, que proporciona información sobre las características de los ciudadanos que han sido reconocidos oficialmente como personas con

³²⁸ Uno de los motivos por los que aparece la planificación estratégica es, sin duda, la influencia marcada por el modelo social de la discapacidad y el papel cada vez más activo de las organizaciones del tercer sector.

discapacidad por los órganos administrativos competentes del Estado desde el principio de la década de los 70 hasta la actualidad.

- La Información estadística sobre el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). La reciente puesta en marcha del SAAD implica el despliegue de todo un procedimiento de valoración (medición) de las situaciones de dependencia, que toma datos sobre las personas y su entorno.

Efectivamente, los Estados, llevan a cabo estadísticas para hacer una fotografía fija de su población con la intención de generar compromisos no sólo normativo, sino con modelos basados en la planificación estratégica, según competencias de cada una de las AA.PP.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, ha tenido ocasión de interpretar las normas constitucionales referidas, señalando la importancia y legitimidad de los poderes públicos al actuar tratando de promover medidas favorables a la igualdad y a la no discriminación, y en particular por motivos de discapacidad. Así, en su Sentencia 269/1994, de 3 de octubre:

“[...] es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional [...] han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 C.E., y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 C.E.”.

No cabe duda, por tanto, de la conexión entre el mandato constitucional previsto en los artículos 9.2 y 49 con la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, y que suponen, en definitiva, el fundamento constitucional de la actuación de los poderes públicos en materia de discapacidad.

Dicha conexión ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, que ha señalado que “esta evolución del entorno internacional sobre los derechos de los discapacitados desde los valores de igualdad, dignidad humana y autonomía personal confirma y refuerza, pues, la doctrina constitucional que ha integrado la discapacidad en el elenco de motivos vedados de discriminación del art. 14 CE vulneradores de la dignidad humana. la estrecha vinculación “entre el régimen jurídico y el procedimiento en una Administración Pública” justifica que pueda

defenderse que “el procedimiento administrativo común equivale a una competencia básica”³²⁹.

En lo que a su aplicación se refiere, pensamos que dicho mandato constitucional no supone un criterio atributivo de competencias específicas, sino que se dirige en su conjunto a “los poderes públicos”, lo que determinará que, en la práctica, y dada la transversalidad y amplitud de las materias a las que se afectan, será precisa la concurrencia de la actuación de las distintas Administraciones Públicas, cuya coordinación y cooperación, en consecuencia, devienen imprescindibles.

2.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y NORMATIVOS

Dentro del Modelo Social, podemos encontrar diferentes enfoques o matices. Queremos subrayar especialmente el «modelo de la diversidad» surgido en España, de donde parte la expresión «diversidad funcional» como una de las señas de identidad del Movimiento³³⁰. El matiz es su referencia a la dignidad, con dos vertientes: a) Valor intrínseco del ser humano o punto de partida: ligado a la vida, independientemente de sus condiciones concretas de existencia, base de los Derechos Humanos y de la igualdad entre las personas. b) Reconocimiento externo o punto de llegada, en relación con la efectividad de los derechos. Si éstos no se cumplen se pierde calidad de vida y con ella la dignidad de la persona.

“Nada para nosotros sin nosotros”, es la proclama de V.I. de las personas con discapacidad dependientes. Alzaban la voz sobre un recurso que coadyuvase a la consecución de un nuevo modelo de atención a las personas discapacitadas, llamadas con esta nueva filosofía, personas con diversidad funcional³³¹.

La adaptación de la legislación española a la materia de promoción de la autonomía de la voluntad, supuso un avance importante para que las personas con discapacidad pudieran ejercer sus derechos como ciudadanía de pleno derecho por lo que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

³²⁹Casas Baamonde, ME(dir.): “Comentarios a la Constitución Española”, Fundación Wolters-Kluwer, Madrid, 2008. pp. 2390-2397

³³⁰Palacios, A. y Románach, J., op. cit., p.s. 96 ss.; Románach, J., Bioética al otro lado del espejo. La visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos, Diversitas Ediciones, Santiago de Compostela, 2009; Ferreira, M. A. V., «De la minus-valía a la diversidad funcional: Un nuevo marco teórico-metodológico», Política y Sociedad, núm. 1, 2010, p.s. 45-65.

³³¹Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Integración de las personas discapacitadas», en VVAA, La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares 2012, p.. 588

de la ONU, que han destacado que España ha sido el primer país de la UE en pasar el examen y uno de los primeros en la elaboración del informe, agradeciendo el compromiso político de España con la discapacidad.

La protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad y su autonomía, están íntimamente vinculadas al reconocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en especial a la igualdad y no discriminación³³².

En particular, resulta especialmente destacable la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, que recoge, en su artículo 21, el derecho a la no discriminación, “y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), hecho en Roma el 25 de marzo de 1957, en su redacción dada por el Tratado de Lisboa, recoge asimismo, en su artículo 10, que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Con base en los principios recogidos en los anteriores documentos, la Unión Europea ha venido desarrollando políticas orientadas no sólo a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, sino a la promoción de su integración real y efectiva, procurando la implementación de medidas para la mejora de las condiciones de acceso de dichas personas, a través, especialmente, de actuaciones dirigidas a sensibilizar a la sociedad acerca de los problemas que plantea la discapacidad y reforzar la participación de las personas con algún tipo de discapacidad.

En concreto, como se expondrá, los instrumentos internacionales y europeos marcan la pauta de las políticas públicas en España en materia de discapacidad que corresponden a las distintas Administraciones Públicas en el marco de nuestra Constitución. Dichas políticas públicas se instrumentalizan, entre otros mecanismos, a través de los planes que aprueban las referidas

³³² Al hilo de los acuerdos adoptados por las Naciones Unidas para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, la Unión Europea ha venido aprobando, en el mismo sentido, distintos documentos en la materia, dirigidos al reconocimiento de los derechos de aquellas y, más en particular, a la prohibición de la discriminación.

Administraciones competentes, razón por la que la coordinación y cooperación entre ellas se convierte en algo imprescindible³³³.

Así lo consagra la Constitución Española que, una vez establecido, en su artículo primero, que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, en su artículo 9.2 dispone que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha resumido dicha doctrina constitucional, entre otras, en su Sentencia de 7 de abril de 1997 al hablar en relación con la «coordinación administrativa» el TC ha elaborado un cuerpo de doctrina (SS 28 Abr. y 20 May. 1983, 2 Feb. 1984, 25 Oct. 1985, 29 Nov. 1988, 28 Feb. 1992, etc.), que, en lo que aquí nos interesa, puede resumirse de la siguiente forma:

- a) la coordinación general hay que entenderla como una competencia distinta a la de fijación de bases o normas, como se infiere de su singularización junto a aquéllas en el art. 149.1 CE, números. 13, 15 y 16;
- b) la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema, y
- c) esta facultad de coordinación debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema.

De la anterior doctrina puede extraerse la conclusión de que la coordinación administrativa tiene un sentido material, dirigida a establecer medidas de ejecución conjuntas en sectores de la economía, de la técnica, de la sanidad, o administrativos, etc..

Se desprende, en definitiva, que los fines esenciales de la coordinación consisten fundamentalmente en la integración de partes diversas en un sistema común para evitar políticas contradictorias, para lo cual será necesario fijar

³³³ Como referencia Constitucional y en el caso de las medidas en materia de discapacidad, la intervención pública se contextualiza en la implementación de medidas dirigidas al bienestar social y a la garantía del ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos y, por ello, a la satisfacción de un evidente interés público.

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal
medios para facilitar la acción conjunta de las administraciones en el ejercicio de sus distintas competencias.

Atendiendo a todo lo expuesto, los planes constituyen actos complejos que integran, respecto de una materia, el diagnóstico, el pronóstico, las prioridades, los objetivos y el programa de acción, con el objetivo de asegurar la convergencia de las acciones, imprescindible para poder alcanzar la eficacia³³⁴.

En definitiva, la amplitud de materias que abordan las políticas públicas sobre promoción de la autonomía, precisa de la participación de las distintas Administraciones tanto en lo que respecta a la planificación como a la ejecución, cada una en su respectivo ámbito competencial, lo que determinará la existencia de una diversidad de instrumentos normativos y de gestiones implicados en la ejecución y, en consecuencia, una particular necesidad de coordinación y cooperación entre sí. Además, consideramos que cuanto más relevante es el alcance de la planificación en materia de promoción de la autonomía, más esencial es la coordinación entre las Administraciones Públicas implicadas³³⁵.
Son esenciales para:

a) El impulso de políticas sectoriales sobre discapacidad y su coordinación interministerial, así como entre la Administración General del Estado y la de las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

b) La planificación, el diseño y la ordenación de los programas y planes de ámbito estatal en materia de discapacidad y su coordinación con las comunidades autónomas.

c) La gestión y evaluación de los planes y programas de ámbito estatal en cooperación con otros Ministerios, comunidades autónomas y corporaciones locales. [...]”³³⁶.

Junto a lo anterior, la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 “Para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad refuerza este campo de actuación como se ha visto.

³³⁴ Son, en definitiva, el instrumento o expresión específicos de la necesaria coordinación y cooperación administrativa.

³³⁵ La coordinación es un principio esencial de la organización pública contemplado en el artículo 103.1 de la Constitución y los planes son un instrumento al servicio de esta necesaria coordinación y cooperación.

³³⁶ Dicho principio o técnica de coordinación ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones.

Los modelos, en este ámbito de la autonomía, se basa en decisiones sobre la persona de otra manera, no ejecutoria del acto, sino decisoria del mismo. Así, tanto si el apoyo surge del ámbito familiar, como si surge del ámbito clínico, podemos decir que se fundamentan en una especie de relación que desnaturaliza la vida independiente.

Resulta evidente que la promoción de la autonomía, en su manifestación más amplia supone la autodeterminación, la atención individualizada y la inclusión comunitaria, contempla también la incorporación de un nuevo servicio de ayuda, el Servicio de Asistente Personal (en adelante SAP), cuya pretensión es posibilitar a las personas con discapacidad una vida activa e independiente tanto de lo técnicos como de los familiares³³⁷.

El SAP, va encaminado a la promoción de la vida independiente de personas con graves afectaciones para las actividades básicas y complementarias de su vida, pues deberán desarrollar los apoyos que estén determinados. Son una extensión de la persona allá donde su discapacidad le impida acceder, son facilitadores de la vida diaria sin la participación constante de un familiar, de un amigo, de un voluntario o de la solidaridad ajena que le ha sido impuesta.

Las personas que dependen de la intervención voluntaria de otras personas para realizar sus actividades básicas de la vida son consideradas a menudo como niños pequeños, incapaces de cuidar de sí mismos, sin la responsabilidad de personas adultas, incluso se llega a considerar la existencia de un deterioro intelectual asociado a las deficiencias de tipo físico o sensorial, produciendo mucho prejuicio sobre su dependencia. Estas personas demandan un cambio drástico de actitud de la sociedad en su conjunto, hacia un mayor conocimiento y una mayor comprensión de su situación real, incluso y en primer lugar de aquellas personas que supuestamente tratan de ayudarles sin darse cuenta de sus propios prejuicios (...) lo que prima en la búsqueda de soluciones es que esas personas, con independencia de su nivel de capacidad, puedan decidir y autocontrolar, hasta donde sea posible, qué es lo que necesitan y cómo quieren resolverlo.

En España, como reflejo de la regulación refundida tras la Convención, destaca la LGDPD en cuyo artículo 13, reconoce la atención integral, entendiéndose por tal, los procesos o cualquier otra medida de intervención dirigidos a que las personas con discapacidad adquieran su máximo nivel de desarrollo y

³³⁷ Martínez, K. (2003): "El Movimiento de Vida Independiente en Estados Unidos", en García Alonso, J. V. (coord.): Movimiento de Vida Independiente. Experiencias internacionales. Madrid: Fundación Luis Vives. pp35-156.

autonomía personal, y a lograr y mantener su máxima independencia, capacidad física, mental y social, y su inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, así como la obtención de un empleo adecuado.

Se proclama el derecho a la protección social, estableciendo que las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a unos servicios y prestaciones sociales que atiendan con garantías de suficiencia y sostenibilidad sus necesidades, dirigidos al desarrollo de su personalidad y su inclusión en la comunidad, incrementando su calidad de vida y bienestar social (art. 48).

El contenido del derecho a la protección social se contiene en el art. 50, que desgana el contenido del derecho a la protección social y dice que las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho:

- A los servicios sociales de apoyo familiar,
- Al de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades,
- Al de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria,
- Al recurso de apoyo en su entorno, de servicios residenciales,
- Al derecho a realizar actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre.

Por lo tanto, lo primero que podemos observar es la intencionalidad de contar con las personas con discapacidad y su derecho a un crecimiento integral en su vida, es valorado de puertas hacia afuera y no sólo de puertas hacia dentro³³⁸. Las fórmulas establecidas de acceso al SAP por el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia son dos: el pago directo y el pago indirecto vinculado al servicio.

El primero implica que la administración entrega directamente la cuantía económica a la persona con discapacidad o a su tutor legal para que este gestione el servicio de forma individual; el segundo supone que la administración competente, previo consentimiento de la persona beneficiaria, transfiere la cuantía de la prestación económica a la entidad que la persona elija para recibir la asistencia³³⁹. Como acertadamente expone Maldonado, el asistente personal, “siempre será un trabajador (como así se llama en la disposición final 1ª del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo), pero será trabajador por cuenta ajena de la empresa o entidad con la que el dependiente contrate sus servicios; o trabajador

³³⁸ Tal y como ocurría en la llamada comúnmente como ley de la dependencia que hemos llamado LAAD ut supra.

³³⁹ Ortega Alonso, E. (coord.) (2015): Situación de la Asistencia Personal en España. Madrid. p 26

por cuenta propia si lo hace directamente con él”³⁴⁰, descartando la posibilidad de contratación directa por parte del asistente personal en régimen de laboralidad.

Asimismo, llega a la conclusión, partiendo de la consideración del asistente personal como “*cuidador profesional*” según la definición dada por el artículo 2.6 LPAP, precepto que efectivamente no contempla la opción de laboralidad de esta concreta figura en régimen de contratación directa, derivándola al “profesional autónomo” como figuras equiparables, pues el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el de la dependencia, llevan como elemento de conexión plausible el hecho de que “poseer capacidad jurídica es un elemento central para la forma en que uno se agencia como persona”³⁴¹.

2.2. Competencias y Funciones

Podemos decir que, para la promoción de la Autonomía de las personas con discapacidad como desafío público, se deben garantizar derechos estratégicos, uno de ellos es sin duda, la protección social. El área de la protección social es una de las competencias más importantes para las AA.PP. en general y para los ayuntamientos en particular, pues la competencia es propia, como hemos visto, señalado en el artículo 25 de la LBRL. Esta competencia municipal de los servicios sociales, consideramos que se basó en los acuerdos contemplados en el Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales de las Corporaciones Locales desde 2007 y que supuso el inicio del compromiso adquirido que se lleva a cabo por periodos anuales³⁴².

Hablamos de sujetos de derechos, por definición, siempre tienen capacidad por lo que no caben expresiones como personas incapaces, incapacidad absoluta o relativa, sino que lo que se presenta en el ordenamiento jurídico son los sujetos de derecho con capacidad relativa o restringida y, plena o absoluta³⁴³, como ya redefine la propia reforma española.

³⁴⁰ Maldonado Molina, J. A.: “Bloque V. Normativa”, en AA.VV.: Situación de la asistencia personal en España, Predif, Madrid, 2015, p. 41.

³⁴¹ Bach, Michael. “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”. En: Bariffi, Francisco y Palacios, Agustina. Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2011, p. 59

³⁴²<https://www.msbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/ServiciosSociales/MemoriasPlanConcertado.htm>

³⁴³ Espinoza, J. Derecho de las Personas. Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 876.

Las funciones deben cumplir los mandatos firmados por los Estados. Así, con referencia a la Convención, el art. 28.2 parte de que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, concretando entre otras medidas las de:

-Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza.

- Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a la asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados.

En lo que respecta a la legislación española, las competencias y funciones se van a determinar en función de la clasificación que establece la LGDPD, en concreto el artículo 50 establece el contenido del derecho a la protección social, las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a los servicios sociales de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre.

Se pueden distinguir varios tipos de servicios sociales en el SAP fueron diseñados desde la inclusión de aspectos básicos, instrumentales, éticos y de filosofía del movimiento de vida independiente. Además, se complementaron con orientaciones específicas en virtud de la visión organizativa del servicio y/o de las características de la persona beneficiaria.

En primer lugar, el SAP, se configura como ningún otro recurso o servicio, pues representa el cambio conceptual experimentado en torno a la discapacidad intelectual y enfermedad mental grave. Implica un replanteamiento de las formas de atención y de asistencia que tradicionalmente han recibido las personas y sus familiares. De manera manifiesta, contribuye a la mejora de la autonomía y calidad de vida de las personas, destacando su plasticidad y adaptación y sirviendo de nexo de los esfuerzos de servicios de distinta naturaleza por la

inclusión social de las personas con enfermedad mental grave y/o discapacidad intelectual³⁴⁴.

El TS, por su parte, considera que la tutela está reservada para la incapacitación total de la persona, cuando ésta por su discapacidad no puede tomar decisiones tanto relativas a su esfera personal como patrimonial, ni por sí misma ni con el apoyo de otras personas; mientras que la curatela, concebida en términos más flexibles, está pensada para incapacitaciones parciales, como un sistema mediante el cual se presta asistencia, personal y/o patrimonial, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad³⁴⁵.

Tras la reforma civil mencionada ut supra, referenciamos, por su importancia histórica, la Sentencia 589/2021, de 8 de septiembre. Recurso (CAS) 4187/2019 pues es la Primera sentencia de la Sala de lo Civil sobre la aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La Sala Primera ha aplicado por primera vez, en esta sentencia del Pleno, la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La sentencia, aplica el régimen transitorio de la ley y analiza los elementos esenciales de la reforma y, en particular, el régimen de provisión de los apoyos que las personas con discapacidad puedan precisar para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

En el caso que resuelve, la persona interesada padece un trastorno de la personalidad, concretamente un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, bajo la normativa anterior, acordaron, en primer lugar, la modificación de su capacidad y, en segundo lugar, una medida de apoyo consistente en la asistencia para el orden y la limpieza de su domicilio, con designación como tutora de la Comunidad Autónoma competente.

La Sala entiende que ese primer pronunciamiento, tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece de la regulación legal cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad. A continuación, examina si la medida de apoyo se acomoda al nuevo régimen legal. Considera que el

³⁴⁴ Prieto, J. M. et al. (2019): "Asistencia personal y discapacidad intelectual: un servicio para la inclusión social". Revista Española de Discapacidad, 7 (II): 7-27.

³⁴⁵ STS Sala 1ª de 15 junio de 2018. EDJ 2018/103947

trastorno de la personalidad que afecta al interesado incide directamente en el ejercicio de su capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad de las medidas de apoyo asistenciales acordadas.

Aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona, aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación.

Por todo ello, se estima en parte el recurso de casación, en cuanto que se deja sin efecto la declaración de modificación de capacidad, se sustituye la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, se confirman y se completan con algunas de las propuestas del fiscal.

Continuando con el análisis del marco jurídico regulador del SAP en las diferentes comunidades autónomas que conforman el Estado español revela algunas diferencias en su tratamiento sobre la base de unos parámetros comunes que la propia LAAD estableció. Las discrepancias en la normativa autonómica se refieren, fundamentalmente, a los requisitos de acceso, la capacidad jurídica -necesaria o no- para poder solicitar la prestación, así como la definición y descripción de las actividades del SAP que facilitan el acceso a la educación y a la prestación del servicio, no existe todavía un desarrollo en la cualificación profesional homologada para las personas empleadas en este servicio.

En la obra referenciada de la Universidad de Valladolid, se realiza una investigación cuyos objeto y objetivos, fueron establecidos en el encargo recibido de la entidad pública responsable de los servicios sociales en la comunidad autónoma de Castilla y León: establecer las fortalezas, debilidades y potencialidades de un proyecto piloto sobre el SAP para personas con discapacidad intelectual y personas con enfermedad mental grave. Aunque era responsabilidad exclusiva del equipo investigador diseñar una estrategia metodológica adecuada a ese objeto y objetivos, se consensuó con la autoridad contratante la utilización de una estrategia cualitativa dado el interés que implicaba analizar cómo las distintas personas implicadas (stakeholders) perciben y valoran el objeto de estudio, sus conocimientos e interpretaciones³⁴⁶.

³⁴⁶ Doi: <https://doi.org/10.5569/2340-5104.07.02.01>

A diferencia de otras instituciones, la asistencia personal que supone ejercer la función principal del asistente personal es el apoyo al proyecto vital de la persona usuaria, lo que va “más allá de otro tipo de necesidades primarias que pueden ser cubiertas o no por otros actores, como son los cuidadores familiares, servicios de ayuda a domicilio, etc.”³⁴⁷.

Siguiendo con el marco legal, el art. 51 de la LGDPD, redacta una serie de servicios sociales, donde nos encontramos las siguientes:

1. El servicio de apoyo familiar, tendrá como objetivo la orientación e información a las familias, el apoyo emocional, su capacitación y formación para atender a la estimulación, maduración y desarrollo físico, psíquico e intelectual de los niños con discapacidad, y a las personas con discapacidad y para la visión del conjunto del entorno familiar y próximo a las necesidades de todos ellos.

2. Los servicios de orientación e información, deben facilitar a las personas con discapacidad y a sus familias el conocimiento de las prestaciones y servicios a su alcance, así como las condiciones de acceso a los mismos.

3 Los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades y promoción de la autonomía personal tienen como finalidad prevenir la aparición o la intensificación de discapacidades y de sus consecuencias, mediante actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, apoyo en el entorno y programas específicos de carácter preventivo.

4. Los servicios de atención domiciliaria tendrán como cometido la prestación de atenciones de carácter personal y doméstico, así como la prestación habilitadora o rehabilitadora tal y como ya dispone el artículo 14, todo ello sólo para aquellas personas con discapacidad cuyas situaciones lo requieran³⁴⁸.

5 Los servicios de vivienda ya sean servicios de atención residencial, viviendas tuteladas u otros alojamientos de apoyo para la inclusión, tienen como

³⁴⁷ Carbonell Aparici, G. J.: La figura del asistente personal en el movimiento de vida independiente: la experiencia en la Comunidad Valenciana, Tesis Doctoral, UNED, 2018, p. 209.

³⁴⁸ De Asís, Roig, R. y Palacios Rizzo, A.: Derechos humanos y situaciones de dependencia, ob. cit., p. 84, entendiendo los autores que la prestación económica se encontraba “doblemente restringida”. Por un lado, en cuanto al ámbito de actividades, tal y como se ha puesto de manifiesto. Y por otro puesto que solo tenían acceso las personas valoradas en el rango de gran dependencia. Esta última cuestión fue resuelta en 2012 por el artículo 22.7 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, permitiéndose desde entonces el reconocimiento de la prestación a sobre cualquiera de los grados de la situación de dependencia.

objetivo promover la autonomía y la vida independiente de las personas con discapacidad a través de la convivencia, así como favorecer su inclusión social. Asimismo, deberán atender a las necesidades básicas de aquellas personas con discapacidad que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, como en los casos en que carezcan de hogar o familia, o cuando existan graves problemas para garantizar una adecuada convivencia familiar.

6. Los servicios de centro de día y de noche ofrecen una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas con discapacidad, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias.

7. Los servicios de residencias, centros de día y de noche, y viviendas tuteladas podrán ser promovidos por las administraciones públicas, por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas³⁴⁹.

En la planificación de estos servicios, se atenderá a la proximidad al entorno en el que desarrollan su vida las personas con discapacidad.

Por otra parte, una de las variables que se toman de base para las competencias que establece, tanto la LRBRL, como las Leyes Autonómicas a los ayuntamientos, es la de los servicios sociales, calculados en base al número de habitantes. Así lo hacen, obligatoriamente para los municipios de más de 20.000 habitantes, siendo las Diputaciones Provinciales quienes presten el servicio en municipios de menor tamaño.

Dando un paso más, nos podemos preguntar: cuál es en esta ocasión la concatenación que se nos presenta. La operación, puede ser la siguiente:

Asistencia Personal + Promoción Derechos Sociales = Nivel de vida adecuado

El art. 28 de la Convención que bajo el título de Nivel de vida adecuado y protección social, determina que, por parte de los Estados, se debe de reconocer el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. Asimismo, es imprescindible reconocer el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a

³⁴⁹ En la promoción de residencias, centros de día y viviendas tuteladas, realizados por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas, éstas gozarán de la protección prioritaria por parte de las administraciones públicas.

gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, destacando alguna de ellas.

Una correcta promoción de la autonomía personal, protección y defensa en atención a la dependencia, exige la disposición de toda la red de recursos en entornos locales de proximidad y que las intervenciones estén marcadas, conjuntamente, por la especialización y el trabajo comunitario³⁵⁰.

La pregunta está ahora orientada hacia la cuestión de qué debe entenderse por el término “adecuado”.

No cabe duda de que cada persona, tiene su propio nivel de vida, de compromisos o de proyectos y ello, independientemente de tener o no discapacidad, se sabe por cuenta propia. La diferencia en el caso de las personas con discapacidad es que necesitan de un apoyo para poder ejecutarlo.

Así, por lo tanto, las medidas de promoción de la autonomía y la A.P., serán claves en el sentido del “nada para nosotros sin nosotros”. Por ello, la respuesta a la cuestión parte de la base de que será adecuado aquel servicio que se enmarque en las competencias y funciones que se le haya atribuido.

Por competencias se entiende, según la RAE 1. f. incumbencia. 2. f. Pericia, aptitud o idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado. 3. f. Ámbito legal de atribuciones que corresponden a una entidad pública o a una autoridad judicial o administrativa. Como aquello que es cuestión de competencia.

Por funciones se entiende 1. f. Capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos, y de las máquinas o instrumentos. 2. f. Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas. Consideramos que, será por medio de la Acreditación la que determine la garantía de la calidad de los servicios³⁵¹.

Los puntos esenciales en el ámbito de la prestación y el servicio que nos ocupa, son varios:

³⁵⁰ Rodríguez Rodríguez, P., El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia, Documento de Trabajo 87/2006, Fundación Alternativas, Madrid, 2006, Pp. 62-63.

³⁵¹ Roqueta Buj, R., “El sistema para la autonomía y atención a la dependencia”, en AA.VV. (Coord. Roqueta Buj, R.), La protección de la dependencia, op.. cit., Pp. 128-129.

- La asistencia personal busca facilitar la inclusión de las personas con discapacidad.
- Disfrutar del máximo nivel de autonomía en el desarrollo de su proyecto de vida,
- Dar forma material al ejercicio de la autodeterminación de la persona con discapacidad, pues es ella la única que decide cuándo, cómo y en qué actividades de su vida, hará uso de esta asistencia.
- Realización de las actividades a través de una prestación o servicio que, según la LAAD en materia de personas dependientes, no es comparable con otras prestaciones y servicios como la ayuda a domicilio o la persona cuidadora en el entorno familiar.

En definitiva, estamos hablando de la atención, más allá de las ABVD, a las necesidades específicas, estas últimas destinadas a la promoción de la autonomía personal y a la atención de las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, que deben llevarse a cabo entre la coordinación de los servicios sociales y los servicios sanitarios³⁵².

Las tareas que lleva a cabo la persona encargada de la A.P. es tan variable como lo es cada persona, como lo es cada tipo de discapacidad y como lo es el entorno en que se desenvuelve cada persona asistida. Así y para la discapacidad física con problemas de movilidad, se pueden realizar tareas como la realización de coger un libro y pasar sus páginas, hacer la compra, conducir, tomar notas, marcar el teléfono, colocar cosas, limpiar, ayudar en la higiene personal, acompañar en el trabajo, en actividades de ocio y tiempo libre, etc.

En el supuesto de personas con discapacidad intelectual, la asistencia personal viene determinada por la necesidad de traducir las cuestiones por medio de la accesibilidad cognitiva lo que prima para que la persona pueda entender lo que está sucediendo y pueda realizar tareas de apoyo en la toma de decisiones, en las gestiones, en la formación por medio de los apoyos de lectura fácil y de pictogramas.

En el caso de la discapacidad sensorial auditiva, la interpretación en lengua de signos española y los subtítulos son la mejor alianza anti barreras. Por su parte, la discapacidad visual junto al sistema Braille como gran ayuda, cuenta con transformación digital por medio de los sistemas de voz de las Tecnologías de la información y la comunicación, que realiza la tiflotecnología y, por

³⁵² Fantova Azcoaga, F., "La coordinación estructural de la asistencia sanitaria y de los servicios sociales", Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar, N° 1, 2006, Pp. 12-22.

supuesto, la asistencia como acompañamiento a los escenarios donde se desenvuelva la persona.

Por lo tanto, es fácil advertir la gran variedad de funciones que deben enmarcar el contenido de cada una de las situaciones contractuales para refrendar la seguridad jurídica de cada relación en particular.

La AP, en definitiva, es un derecho, es una forma de vivir, es un trabajo entre dos personas. a autonomía de la persona se vuelve autodeterminación cuando es capaz de asumir como propia una serie de normas esenciales para su propia vida y para su relación en comunidad.

En este caso, avanzando un paso más en la operación, ésta puede representarse de la siguiente manera:

Autonomía + Iniciativa Personal + Apoyos = Autodeterminación

Destacamos en este trabajo cómo la decisión de la autonomía debe ser iniciada desde la propia persona con discapacidad y que junto a ella debe encontrarse lo que podemos denominar autonomía a través del entorno, por medio de la accesibilidad universal y del diseño para todos. Junto a ello, estará la dotación de los servicios e instalaciones destinados a la promoción de la autonomía, que son indispensables en este camino.

Finalmente, el tratamiento normativo configurará el soporte jurídico válido dentro del Estado de Derecho. Este apartado de competencias se construye que para las personas con discapacidad vean la importancia que para su autonomía tiene la dotación de la asistencia personal como forma de afrontar los desafíos en las sociedades en la que se encuentran.

La autonomía, es una de las cualidades humanas que nos ofrece la posibilidad de actuar por nosotros mismos y que, por tanto, convierte al ser humano en protagonista irreplicable de su vida. Esta competencia, supone ser capaz de saber, emprender, desarrollar y transmitir acciones y proyectos individuales certeza, confianza y responsabilidad y ya sea por sí mismo, o por medio de los apoyos necesarios para ello.

Como hemos recordado, consideramos que el asistente personal “siempre será un trabajador (como así se llama en la disposición final 1ª del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo), pero será trabajador por cuenta ajena de la empresa o

entidad con la que el dependiente contrate sus servicios; o trabajador por cuenta propia si lo hace directamente con él³⁵³.

Mantenemos que “cuidador profesional” según la definición dada por el artículo 2.6 LPAP, es un precepto que efectivamente no contempla la opción de laboralidad de esta concreta figura en régimen de contratación directa, derivándola al “profesional autónomo”. Tesis completamente contraria a la que mantiene Rueda Monroy, pues entiende que estas figuras no son equiparables³⁵⁴.

Podemos decir, por tanto, que está plenamente vinculada a la formación e información integral de la persona-entorno y es una competencia poco usual, hasta ahora, por los escasos reconocimientos que ha tenido y la evolución en el tratamiento de las personas con discapacidad que se ha visto en los apartados anteriores.

En torno al planteamiento general de la naturaleza jurídica de la relación y, por ende, de las competencias, la asistencia prestada, como expone Maldonado, por una persona trabajadora, surge de la base de la profesionalización de quien la presta ya sea por estar incluida en la prestación de servicios públicos, ya por la persona como trabajadora autónoma, ello debe sustanciarse en la necesidad de regular la formación e información de la asistencia, la clasificación nacional de ocupaciones y las garantías de ejecución de forma óptima. Ello no obsta para que la persona con discapacidad pueda llevar a cabo una relación Inter partes de la forma que considere; pero si hablamos del Estado Del Bienestar y del Sistema, podemos decir que los derechos sociales, valen lo que sus garantías.

En este apartado, también resulta necesario la referencia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que realizó, a finales del siglo XX, un estudio en doce países de su entorno para determinar cuáles serían realmente las competencias clave necesarias para una vida plena y para el buen funcionamiento de la sociedad. Esta construcción pública de la figura analizada, refuerzan más nuestras posturas.

En 2001 publicaron los resultados en el Informe DeSeCo³⁵⁵ (Definición y Selección de Competencias). En él se establecen tres categorías de competencias,

³⁵³Maldonado Molina, J. A.: “Bloque V. Normativa”, ob. cit., p. 41.

³⁵⁴ Rueda Monroy, J.A.: La asistencia personal, ¿una relación laboral “típica”? Revista Internacional de la Protección Social. 2021 Vol. VI N° 2,p222.

³⁵⁵ El Informe DeSeCo (La definición y selección de competencias clave), de la OCDE fue publicado originalmente en inglés (“Defining and selecting key competencies”) en 2001 (<www.oecd.org/ed/statistics/desecco>). El resumen ejecutivo puede consultarse en castellano en

entre ellas las que permiten actuar de manera autónoma. En este grupo se incluyen las competencias necesarias para comprender el contexto en el que se actúa y decide, para crear y administrar planes de vida y proyectos personales, y para defender y afirmar los propios derechos e intereses. Aunque el contexto en el que se desarrolló fue el ámbito educativo, debido a su total actualidad, se tiene en cuenta para nuestra materia.

Esta propuesta formativa centrada en la adquisición y desarrollo de ocho competencias básicas incluye también la competencia para la autonomía e iniciativa personal que será adaptada en nuestro caso. Varios son los puntos clave que conforman el mapa de competencias de las personas con discapacidad y la A.P. como recurso clave de inclusión:

- a) En Autonomía e Iniciativa. Como señalan Puig y Martín, los dos términos que aparecen en la competencia, autonomía e iniciativa, no tienen la misma importancia: “el primer concepto (autonomía) es mucho más amplio y acaba por englobar al segundo. Es como si dentro del concepto marco de autonomía se hubiese distinguido uno de sus aspectos parciales”³⁵⁶.
- b) En la voluntad de querer y de poder transformar las ideas en acciones como principio de todo. En este sentido, la persona tiene sus proyectos e ideas que son propias y que quiere llevar a cabo.
- d) En su configuración jurídica de la autodeterminación que aboca a la confianza en la acción (independientemente del resultado) con la asunción de las responsabilidades que vayan surgiendo. Sólo así, consideramos, se forja que la persona sea cada vez más autónoma. Sin olvidar tener en cuenta la ubicación geográfica de un buen número de personas en situación de dependencia en entornos rurales³⁵⁷.
- e) En la consideración de la persona como un todo, según su discapacidad, que supone el desarrollo de un conjunto de conocimientos, capacidades, emociones, actitudes y valores que no pueden entenderse de manera aislada o fragmentada, sino como partes de un todo en interacción.

<http://www.deseco.admin.ch/bfs/deseco/en/index/03/02.parsys.78532.downloadList.94248.DownloadFile.tmp/2005.dscexecutivesummary.sp.pdf>

³⁵⁶Puig, J. M^a; Martín, X. (2007): “Competencia en autonomía e iniciativa personal”. Alianza Editorial. Madrid. p.. 13.

³⁵⁷ Carrión, J., A., “La acción social desde los servicios sociales de base en el mundo rural”, en AA.VV. (Coord. Almarza Meñica,

J.), Bienestar Social y Derechos Sociales, Editorial San Esteban, Salamanca, 1991, Pp. 241-253.

Por tanto, concluimos nuestra posición, argumentando la construcción de servicios y prestaciones estructurales y que incluyen tanto las técnicas y materiales como que se conformen entre las partes obligaciones de hacer o de facilitar las atenciones y cuidados en especie³⁵⁸ con unos mínimos mecanismos de control y garantías por parte de los Estados en el ámbito de la discapacidad y de las personas en situación de dependencia, dotando así de contenido la relación más allá de la voluntariedad de las partes, dentro del Sistema del Estado del Bienestar.

Asimismo, podemos concluir que dicha posición doctrinal, supone un avance parecido al que produjo la revolución industrial, como fue, la profesionalización de las relaciones laborales. La creación de un Estado del Bienestar, las observaciones internacionales de los Estados, que cuentan con la participación de las organizaciones del tercer sector, la demanda laboral que identifique definitivamente la actividad profesional, que engloba el bloque de la A.P. como servicio y recurso clave proporcionado por entidades especializadas ya sea por medio de la OVI, de los recursos públicos, o del propio autónomo que, reconocido como tal, ejerce su profesión reconocida oficialmente.

La expresión de que el asistente sea “un trabajador en todo caso”, denota tras de sí, la articulación de todo un Sistema en torno a los derechos fundamentales de las personas, una entidad propia detrás de las voluntades encontradas en pro de la Vida Independiente.

La consolidación de los derechos se produce, junto al marco legislativo, en el marco jurisprudencial. En este sentido, la evolución de la jurisprudencia se ha manifestado en este sentido, destacando, entre otras, la STS 3441/2013 de 24 de junio, en la que es recurrida la incapacitación total de la persona con discapacidad.³⁵⁹ Alegó los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dictara sentencia determinando los extremos objeto de este procedimiento lo que comportará, teniendo como base la concreción de las habilidades y capacidades conservadas, lo siguiente: Por un lado La fijación precisa de la extensión de su capacidad jurídica y, por otro lado, los medios de apoyo que se desprendan como más idóneos.

³⁵⁸ De Vicente Pachés, F., Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias, Pp 142-146.

³⁵⁹ Es esclarecedor lo que aconteció por parte del Ministerio Fiscal como antecedente de hecho pues, presentó escrito demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias, adecuados y efectivos para su ejercicio

Se reconoce por parte del Tribunal que las causas de incapacidad, dice la sentencia de 29 de abril de 2009, que cita la de 11 de octubre de 2012, están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el art. 200 CC establece que "*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*".

Es evidente que el art. 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 mayo 1998, 26 julio 1999, 20 noviembre 2002, 14 julio 2004 ; como afirma la sentencia de 28 julio 1998," [...] para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico [...] lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma".

Como hemos mencionado ut supra, la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en vigor desde el día 3 de septiembre de 2021) es, según Santos³⁶⁰ "Mucho más que un nuevo texto legal, es una llamada a realizar un profundo cambio de mentalidad que no se queda solo en lo intelectual (toma de conciencia), sino que convoca a todos a una "actitud proactiva" en orden a procurar que las personas con discapacidad desarrollen su autonomía en el mayor grado que sea posible, conforme a su voluntad, deseos y preferencias. Para los ciudadanos en general es un "mensaje" pero para los poderes públicos es un mandato, en realidad, un conjunto de mandatos dirigidos a conseguir el fin perseguido".

Lo que procede, por tanto, es instaurar la importancia de los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones

³⁶⁰ Santos Urbaneja, F: "Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio". Ed. Edisofer Colección Sumarium.2021.

que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa su artículo 12.

No quedando afectado su derecho al sufragio. Esto se hace desde una visión de la discapacidad controlada por la medicación que debe tomar la persona y que obedece a no predisponer brotes de su enfermedad.

- En la Formación y la Información. Ambas partes de la relación, deben saber a qué se enfrentan y cómo deben llevar a cabo sus acciones para conseguir el fin propuesto. Pero es realmente con la competencia para aprender a aprender con la que se encuentra más unida la de autonomía e iniciativa personal, por la necesidad que tienen la una de la otra para conseguir el desarrollo de ambas (carácter complementario). como indica el informe DeSeCo, “para el correcto desarrollo de la competencia para la autonomía e iniciativa personal, es necesario saber movilizar el resto de las competencias basadas en aprender a pensar, saber comunicar, [...] saber relacionarse, saber ser uno-a mismo-a y tener iniciativa”³⁶¹.

- En una intervención transdisciplinar. La autonomía e iniciativa es una competencia que, consideramos, no tiene el soporte específico de una disciplina, como ocurre, por ejemplo, con las matemáticas o con el derecho. Si, además, a ello le unimos el hecho de la diversidad, nos encontramos con un marco de actuación enriquecido que sólo se entenderá con una intervención basada en la especificidad de la persona.

- Competencia Emocional y Social. No cabe duda de que es un requisito que se hace deseable de cualquier persona y ante cualquier situación, Por ello, es necesario conocer a la persona con discapacidad para saber si estamos ante periodos intercríticos o en un proceso de agudización de la enfermedad, por ejemplo, para poder conocer el nivel de su conciencia sobre el hecho.

Como se ha visto en la sentencia anterior, la necesaria medición del lugar y el momento hace que se considere las actividades como posibles o como proyectos hasta que se normalicen los parámetros. ¿por qué es esto necesario? Podemos decir que la persona autónoma es aquella que se conoce a sí misma, conoce el marco social en el que se desenvuelve, y sabe qué papel jugar en ese escenario y cómo hacerlo. Es una persona social y emocionalmente competente ya sea por sí misma o por medio de los apoyos que necesite según su diversidad.

En definitiva, creemos esencial que todas las competencias son necesarias para establecer el marco jurídico de actuación lo más eficaz posible y no tratar de

³⁶¹ Garagorri, X. (2009): “Orientaciones para desarrollar la iniciativa y el espíritu emprendedor”. Aula de Innovación Educativa, nº 182, p.. 13-16.

ser una especie de libro de bolsillo como manual de estilo de vida o autoayuda para la persona con discapacidad.

Si esta persona decide bajo un brote, ir al banco a retirar todo su dinero, sabremos que su actuación no va a ser del todo libre. Cómo actuar en esta y en todas las ocasiones, depende de lo que se haya establecido en la relación entre partes previamente o conforme a ello.

Creemos que solo ven una vertiente en quien delimita la A.P. aun cuidado fuera de casa y, realmente es mucho más que eso lo que se quiere exponer en este trabajo.

2.3. Protección y promoción social: marco configurador de los derechos sociales.

La protección y la promoción social del colectivo, como sabemos en nuestras propias vidas, varían según las necesidades de las personas y, a su vez, éstas, evolucionan con la edad, así en la niñez la detección precoz de necesidades de aprendizaje y la interacción con el medio es esencia a la hora de determinar las necesidades de apoyo específicas; en la juventud y hasta la mayoría de edad son esenciales las habilidades sociales junto a los conocimientos que van forjando a la persona. A partir de ahí y hasta la vejez, destacan:

- las necesidades socioeconómicas,
- la vida independiente,
- la igualdad y
- la experiencia de la formación adquirida.

Como decía Piaget en 1932, *“todas las personas nacen dependientes y heterónomas. La autonomía personal es por lo tanto una habilidad que se desarrolla a lo largo de la vida, en un proceso que avanza relacionado con el desarrollo del individuo en sus diferentes etapas de vida”*³⁶².

El marco configurador de los derechos sociales, por tanto, exige garantizar el acceso a las prestaciones y servicios en la población más vulnerable, para desarrollar las actividades de la vida diaria y en comunidad. Para ello, son esenciales las políticas de las AA.PP. orientadas a la concreción presupuestaria según población y coberturas prestacionales, en sus distintos niveles de competencia.

³⁶²Piaget J. (1932): El criterio moral en el niño. Barcelona: Fontanella (traducción española: 1976).

En esto radica la esencia del Estado del Bienestar, en que las prestaciones sociales generan las posibilidades de vida independiente y de inclusión en la comunidad, siendo la Asistencia Personal un recurso clave para ello. Asimismo, el Servicio de Asistencia Personal (en adelante SAP) que se lleven a cabo, deberán contar con la participación de las asociaciones de personas con discapacidades diferentes para enriquecer no sólo el diálogo civil sino también las experiencias compartidas.

Desde un punto de vista jurídico, la autonomía personal, el control de la propia vida y las decisiones personales son derechos que se relacionan con el de la libertad. La autonomía es pues “presupuesto y fundamento de derechos. Presupuesto al asociarse a la propia concepción del ser humano; fundamento al ir unida al ideal de la vida humana digna, que es el fin último de los derechos humanos³⁶³.

Por lo tanto, podemos concluir que carecer de autonomía es fuente de exclusión personal, familiar y social y que ha ido evolucionando desde el cuidado a los apoyos para la toma de decisiones. Junto a ello, y en paralelo, se han de reforzar los recursos para al cumplimiento de las obligaciones, la realización de estudios específicos y la contratación del personal independiente tomando como libro blanco de la Autonomía Personal, el contenido tan acertado de las de observaciones generadas en Europa, que, sin duda, van a reforzar la aplicación práctica de la materia.

2.3.1 Instrumentos europeos de medida y control

Así, como hemos visto *ut supra*, el Artículo 19 de la Convención, reconoce como sabemos el principio y fin de la promoción de la autonomía y que concluye en el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Lo menciona expresamente entre una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta.

Por su parte, el Informe 2016 de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas subrayaba la importancia de acceder a un apoyo de calidad como condición fundamental para vivir y participar plenamente en la comunidad haciendo elecciones como las demás

³⁶³De Asís, R. (2010): “Sobre el derecho a la promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia”, Working Papers HURI-AGE, vol 4, pp 1-12.

personas. Sin un apoyo adecuado, las personas con discapacidad están más expuestas a un trato negligente o a ser institucionalizadas (...)³⁶⁴.

De esta manera, los apoyos prestados por quienes son los pies y las manos de las personas con discapacidad son condición indispensable para participar, como todas las demás, en su propia vida.

Por otra parte, el Informe ENIL (European Network of Independent Living), considera la asistencia personal como una herramienta básica para el impulso de la vida independiente, que ofrece una oportunidad para el empoderamiento y la inclusión de las personas con discapacidad, independientemente del tipo o de la severidad.

En un trabajo de investigación se ha evaluado a partir de la metodología Social Return On Investment, (SROI), el impacto en términos de retorno económico y social de diferentes sistemas de apoyo, determinando que la Asistencia Personal ofrece ventajas no solo en términos de calidad de vida sino de impacto económico, en comparación con otros servicios como los residenciales. Con relación a la concentración de estos recursos específicos, suponemos que es una mera opción burocrática que mantiene algunos de los efectos virtuosos (seguridad, especialización, respeto), pero también los perniciosos de cualquier forma de institucionalización (segregación, invisibilizarían, discriminación)³⁶⁵.

Con todo ello, se afianza esta tendencia de acuerdo con el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el derecho a vivir en la comunidad debe obligar a los Estados miembros de la Convención a reemplazar su sistema de atención institucional por alternativas de carácter comunitario³⁶⁶.

Es necesario determinar que no se trata de evitar la institucionalización “per se”, sino de que se haga en contra de los deseos de las personas con discapacidad que tiene derecho a elegir cómo vivir. De hecho, cada vez tienen mejor cabida frente a la institucionalización, las nuevas concepciones de residencias de autogestión, cooperativas o grupos de intereses específicos.

2.3.2 El Estado del Bienestar por medio del SAAD

En España, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) es el conjunto de servicios y prestaciones económicas destinado a la

³⁶⁴ <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20283&LangID=S>

³⁶⁵ Quezada y Motos, el OED (2018).

³⁶⁶ Human Rights Watch, 2010.

promoción de la autonomía personal, la atención y protección a las personas en situación de dependencia, a través de servicios públicos y privados concertados debidamente acreditados, que contribuye a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Entre ellos comprende el Servicio de Prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal, destinado a la promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación. Incluye además una prestación económica de asistencia personal (en adelante PEAP) para la contratación de dicho tipo de asistencia durante un número de horas (según se determine en una valoración individualizada de necesidades a través del PIA).

Sin embargo, el despliegue de estos servicios orientados hacia el desarrollo de la autonomía personal es escaso. Según los datos oficiales del propio registro del SAAD 31 de diciembre de 2017, se registraban 6.654 prestaciones económicas de asistencia personal: este número supone apenas el 0,56% respecto al total de prestaciones ofrecidas por el SAAD. Además, 19.477 personas recibían atención en algún Servicio de Prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal (SEPAP).

En el siguiente cuadro de Personas beneficiarias y Prestaciones, se ve a simple vista cómo según la Comunidad Autónoma de referencia, se establecen los recursos de manera diferenciada. En las cifras actuales a fecha de 31 de agosto 2022, las prestaciones de Asistencia Personal suponen el 0,56% de las solicitudes y, siguen en primera posición las CC.AA. mencionadas ya que los datos acumulados son a esa fecha los siguientes de personas beneficiarias y Prestación de Asistencia Personal³⁶⁷.



4.2. SUBTIPO DE PRESTACIÓN ECONÓMICA VINCULADA AL SERVICIO

Situación a 31 de agosto de 2022

ÁMBITO TERRITORIAL	PRESTACIÓN ECONÓMICA VINCULADA SERVICIO													
	TOTAL		P.E. vinculada al Servicio de Prevención de Dependencia y Promoción A. Personal		P.E. vinculada al Servicio Teleasistencia		P.E. vinculada al Servicio de Ayuda a Domicilio		P.E. vinculada al Servicio de Centros de Día/Noche		P.E. vinculada al Servicio de Atención Residencial		P.E. vinculada a Servicio sin Identificar	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Andalucía	4.054	100,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	135	3,33	3.919	96,67	0	0,00
Aragón	6.098	100,00	0	0,00	0	0,00	11	0,18	665	10,91	5.422	88,91	0	0,00
Asturias, Principado de	3.255	100,00	685	21,04	67	2,06	175	5,38	229	7,04	2.099	64,49	0	0,00
Baleares, Illes	824	100,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	137	16,63	687	83,37	0	0,00
Canarias	10.694	100,00	1.432	13,39	1	0,01	7.536	70,47	615	5,75	1.110	10,38	0	0,00
Cantabria	18	100,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	18	100,00	0	0,00
Castilla y León	49.991	100,00	6.519	13,04	0	0,00	12.595	25,19	12.707	25,42	18.170	36,35	0	0,00
Castilla - La Mancha	8.447	100,00	1.645	19,47	0	0,00	755	8,94	330	3,91	5.717	67,68	0	0,00
Cataluña	19.722	100,00	0	0,00	0	0,00	9.689	49,13	1.240	6,29	8.793	44,58	0	0,00
Comunitat Valenciana	20.107	100,00	915	4,55	0	0,00	10.509	52,27	559	2,78	8.124	40,40	0	0,00
Extremadura	16.676	100,00	928	5,56	0	0,00	13.065	78,35	682	4,09	2.001	12,00	0	0,00
Galicia	10.574	100,00	1.980	18,73	0	0,00	1.631	15,42	2.208	20,88	4.755	44,97	0	0,00
Madrid, Comunidad de	22.828	100,00	4.678	20,49	0	0,00	2.287	10,02	1.817	7,96	14.046	61,53	0	0,00
Murcia, Región de	1.083	100,00	208	19,21	0	0,00	64	5,91	174	16,07	637	58,82	0	0,00
Navarra, Comunidad Foral de	2.799	100,00	129	4,61	0	0,00	1.271	45,41	365	13,04	1.034	36,94	0	0,00
Pais Vasco	1.241	100,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	6	0,48	1.235	99,52	0	0,00
Rioja, La	1.152	100,00	0	0,00	314	27,26	0	0,00	32	2,78	806	69,97	0	0,00
Ceuta y Melilla	4	100,00	0	0,00	0	0,00	1	25,00	1	25,00	2	50,00	0	0,00
TOTAL	179.567	100,00	19.119	10,65	382	0,21	59.589	33,18	21.902	12,20	78.575	43,76	0	0,00

³⁶⁷https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_061357.pdf

El informe realizado en 2017³⁶⁸, pone de manifiesto la situación derivada de la nueva catalogación de la dependencia, en la que se suprimen los distintos niveles de los grados, simplificando la clasificación. Junto a ello, la referencia a la ampliación de la A.P. a todos los grados, lo que además de mejorar las prestaciones y servicios, se producía el efecto de promoción de la autonomía, al menos en lo que al papel se refiere, pues otra cosa, como se verá es la práctica. Como consecuencia de las posibilidades de traslados entre CC. AA.; se promovieron las mejoras en el sistema de comunicación y la coordinación en los indicadores de referencia de la valoración.

El Congreso de los Diputados el 6 de marzo de 2017, ha admitido a trámite una Proposición de ley sobre atribución competencial a la jurisdicción social en materia de atención a las personas en situación de dependencia, publicada con fecha 17 de marzo, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales³⁶⁹

2.3.3. La necesaria visión sectorial

Los datos hablan por sí solos y nos evidencian la imposibilidad de dotar de promoción y autonomía personal a un colectivo cada vez mayor que, sin embargo, no se reflejan activos, estadísticamente hablando, como parte del Sistema.

En lo que respecta a la naturaleza de la Prestación de A.P. contraponiendo a la ayuda a domicilio pues enfatiza en la profesionalidad y a su contribución a la contratación (contrato de trabajo y creación de empleo específico como mejora planificada, Es verdad que estamos hablando del SAAD y de la dependencia, donde aún es mayor el reparo a considerar que se puede ser independiente en esta etapa de la vida y con este reconocimiento administrativo. Sin embargo, la dependencia también se encuentra, aunque no necesariamente, en las personas con discapacidad. Los vectores, por tanto, son varios y la visión de la intervención, debe serlo en su conjunto, como lo es cualquier persona, como un todo.

Así, por ejemplo, podemos decir que cuando se proporciona el recurso de la residencia, la intervención no debe entenderse realizada por el hecho de dotarla como recurso, sino que se tiene que tener en cuenta que estamos ante las personas que han mantenido el sistema de prestaciones que tenemos y que siguen siendo personas, por eso, de lo que se trata más que de vivir en

³⁶⁸ <https://dependencia.info/imagenes/informe-comision-analisis-dependencia.pdf>

³⁶⁹ con fecha 17 de marzo, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.
http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-100-1.PDF

residencias, es que la persona pueda hacerlo en aquella que elige. Esto debe tenerse en cuenta, si ese es el recurso último, aún con dificultades para caminar, se debe apostar por un envejecimiento activo inclusivo, extendiendo el derecho fundamental a la inclusión de las personas con discapacidad en la comunidad, cualquiera que sea su edad y discapacidad.

Podemos decir que, sin duda, se ve con claridad la figura de los cuidados en el entorno familiar o el servicio residencial o de ayuda a domicilio, pero en tanto en cuanto cerramos la puerta y salimos con la persona con discapacidad o dependencia al exterior, los derechos parecen haberse quedado encerrados en casa, a donde se tiende a volver ante lo que no está determinado cómo hacer.

Por lo tanto, podemos decir que queda mucho trabajo para revertir estos datos estadísticos de manera que vayamos avanzando y ello a pesar de que ya el artículo 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007) indica (Derechos de las Personas Mayores) que “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.”

En realidad, esto supone una concreción de la prohibición de discriminación por razón de edad que se encuentra recogida en el artículo 21.1 de la misma Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁷⁰.

En definitiva, Promoción, Desarrollo y Defensa con las columnas de la intervención ya que se hace imprescindible hablar de promoción y protección social más que de dependencia, quizá con ello, la intervención de las etapas se plantee desde la promoción de la autonomía y su defensa como desafío público. Consideramos que es especialmente relevante si hablamos de menores, cuya consideración como sujetos del derecho a la Asistencia Personal es prácticamente inexistente.

Aunque hablaremos más detenidamente de esta cuestión, cabe decir respecto de los colectivos a incluir en la protección social que no sólo se refieren a las que personas que viven en situación de pobreza extrema, sino también a niños, jóvenes y personas con necesidades de apoyos debido a su discapacidad que necesitan de una provisión determinada para desempeñar actividades básicas de la vida diaria, que incluso se les puede producir una situación de pobreza y vulnerabilidad por falta de inclusión social.

³⁷⁰Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., “Derechos de las Personas Mayores”, en Monereo Pérez y Monereo Atienza, La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, p.. 558.

También, se discuten necesidades claves relativas a la discapacidad, como la edad, el origen, la valoración y los distintos tipos de discapacidad. Es por ello que la promoción de la Autonomía en personas con discapacidad y en las que tienen dependencia, supone el desafío público del Estado del Bienestar en una sociedad con pirámide poblacional claramente invertida. Al hacer esto, estaremos hablando de vivir en condiciones de igualdad ya que la inclusión supone el desarrollo de capacidades y talentos, así como la mejora de la calidad de vida de las personas y al desarrollo integral de los colectivos que aquí contemplamos en el Sistema.

Las etapas de vida son varias y variadas, como lo son las necesidades cuando estamos inmersos en ellas. Así, podemos advertir que:

- En la niñez, las acciones deben ir encaminadas hacia la atención integral en el aprendizaje como base fundamental en la interacción con los iguales;
- En la juventud, imperan las habilidades tanto cognitivas como las sociales y emocionales; para las personas en situación de dependencia será esencial el acceso a prestaciones y servicios que promuevan su autonomía en las actividades de la vida diaria fuera y dentro del domicilio, pues hablamos de las competencias en materia de ocio, formación, empleo, etc.;
- Para las personas demandantes de empleo, la existencia de una red de servicios que junto a las AA.PP. lleven a cabo políticas activas de empleo de orientación y acompañamiento a la inserción, etc.
- Para las etapas más adultas, la necesidad de no convertir las estancias en centros de día o de residencias en institucionalizaciones, sino en modo de vidas compartidas y enriquecidas.

Si bien es cierto que la atención es cada vez mayor para estos colectivos, existen elementos suplementarios de riesgo de exclusión del sistema de protección social, que puede traer consigo la exclusión de la sociedad. Esta segregación frecuente para la persona con discapacidad y su familia, conforma un círculo de vulnerabilidad que se cierra ante la falta de información de acceso a los recursos y a los apoyos³⁷¹.

Como conclusión, hay que decir que la incorporación de la discapacidad en las políticas de protección social, exige llevar a cabo una serie de reformas encaminadas a asegurar la participación de las propias personas con discapacidad y de las organizaciones que las representan, no solo en la recepción de medidas y sistemas de apoyo sino en su diseño y desarrollo, de manera que

³⁷¹Díaz, E. (2010), Ciudadanía, identidad y exclusión social de las personas con discapacidad, *Política y Sociedad*, 47 115-135.

resulten verdaderamente eficaces e inclusivas, tal y como expone el documento sobre Inclusión Europea de 2015³⁷².

Los efectos del sistema de las prestaciones, en un carácter general sobre la vida independiente de las personas con discapacidad son el desarrollo de las exigencias sobre el cumplimiento de la Convención en esta materia. En concreto, el Comité de Derechos de las personas con discapacidad ha publicado una Observación General: la nº 5 dedicada al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la Comunidad. Este instrumento, supone un avance importantísimo a nivel internacional en la interpretación y armonización legislativa de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Por su parte, el art. 25, 2 de la ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales establece que “En la interpretación de tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización”. También, la mencionada Observación General nº 5 desarrolla e interpreta el art, 19 de la Convención dirigido a garantizar el derecho a la vida independiente y a ser incluido dentro de la Comunidad, con la libertad de elegir y controlar la propia vida. Se trata de uno de los artículos de gran aplicación más amplio ya que se refiere al ámbito de vida de cada persona con independencia de que se les haya modificada su capacidad legal o de que presenten grandes necesidades de apoyo específico para la vida diaria”.

El citado art. 19 contiene un programa para realizar el derecho a la vida independiente (dimensión individual, derecho a emanciparse) y el derecho a ser incluido en la comunidad (dimensión social que entraña el derecho a que se desarrollen entornos inclusivos); entendiéndose que “vida independiente” no significa vivir solo y realizar las actividades de la vida diaria sin apoyo. Significa poder elegir dónde y con quien vivir.

Por su parte, “estar incluido en la comunidad” significa tener una vida social plena y tener acceso a todos los servicios ofrecidos al público y a los servicios de apoyo para personas con discapacidad que les permita participar en todas las esferas de la vida³⁷³.

³⁷²Inclusión Europea (2015): Directrices para involucrar a las personas con discapacidad intelectual en las consultas sobre políticas. Disponible en: <https://goo.gl/ELn5Q9>

³⁷³ En España, se destina un total de 18.724.489 € a prestaciones sociales por invalidez. De dicha cuantía, el 84,64% se presta en efectivo, siendo el resto en especie. Sobre el PIB, los datos apuntados representan el 1,74%.

El Comité de Derechos de las Personas con discapacidad en su Observación General nº 5 ha reconocido avances en este derecho, pero también ha destacado que todavía falta eliminar muchas barreras, como las siguientes:

- No se permite a las personas ejercer su capacidad jurídica.
- Los servicios sociales no están adaptados al modelo de vida independiente.
- Las normas y presupuestos no propician la asistencia personal y el apoyo individualizado.
- Los internamientos involuntarios.
- Falta de estrategias de desinstitucionalización.
- Actitudes negativas, estigmas y estereotipos.
- Falta de comprensión de lo que implica el comentado art. 19.
- Falta de servicios accesibles y asequibles en la comunidad (transporte, salud, escuela, vivienda, teatros, cines, edificios públicos, etc.).
- Falta de mecanismos de supervisión de la aplicación del art. 19.
- Insuficiente generalización de la discapacidad en los presupuestos generales
- Descentralización “inapropiada” que provoca disparidades entre las posibilidades de realizar el derecho dentro de un Estado Parte.

Por lo tanto, entre otros, existen dos premisas esenciales y conjuntas en la promoción de la Autonomía. La primera, la inclusión en la sociedad y por otro, la protección social³⁷⁴ que, se ven tratadas de diferente forma según los Estados y sus realidades jurídico-sociales, como se verá a continuación. La segunda, no trata de clasificar el carácter voluntario u obligatorio de los apoyos y de los recursos sobre los que hay doctrina a favor y en contra, sino determinar que, las voluntades de las personas con discapacidad en los actos y negocios jurídicos que realicen sean eficaces jurídicamente.

Según la International Disability Alliance (IDA), “apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por misma, y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona³⁷⁵.”

En definitiva, todo esto se trata de pasar del concepto de persona vulnerable que conlleva el dominio por parte de los proveedores de servicios con

³⁷⁴ Ces García, E. M. “Una sociedad inclusiva para una población que envejece: el desafío del empleo y la protección social”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 42.

³⁷⁵ International Disability Alliance (IDA), Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), Ppio 4

el de titular de la propia vida independiente que se manifiesta en el control de la propia vida ayudada por la AP.

Esta parece ser la vía de la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, bajo su paraguas, no cabe hablar del mayor interés de la persona con discapacidad sino el darle la oportunidad de que actúe según sus preferencias.

Las reformas obedecen al cambio necesario en la legislación civil y procesal. En el ámbito social, en nuestro ámbito, de cara al apoyo para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, para ello es de indudable valor la ya mencionada obra colectiva denominada “La Protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad, un enfoque integral y Exhaustivo”³⁷⁶.

Junto a ello, consideramos esencial, que la reforma además de referida al ámbito civil sea necesariamente abordada hacia la protección de los derechos sociales y promoción de la autonomía por medio de un recurso clave como es el de la asistencia personal.

Podemos concluir que la figura de la Asistencia Personal, no se contempla en la nueva ley, ni se establecen mecanismos para desarrollarla más específicamente y es por ello por lo que vemos tan necesario este trabajo de investigación. Para haber autonomía en la toma de decisiones y capacidad de autogobierno, la protección social dispensada debe abarcar el ámbito de intervención para hacerlo posible en el caso de que se opte por la figura de la Asistencia Personal.

Es por ello por lo que se hace más necesario ahora, más si cabe, el análisis del ámbito de la Protección Social y la Promoción de la Autonomía de las personas con discapacidad como especialidad propia.

³⁷⁶A los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Que es la que sirve de referencia en este trabajo por la magnífica obra colectiva llevada a cabo conjuntamente por la Universidad de Granada y la Universidad de Málaga y en la que tuve el honor de colaborar en el capítulo referente a la Asistencia Personal. La obra está magníficamente creada y dirigida por los catedráticos Monereo Pérez, Moreno Vida, Márquez Prieto, Vila tierno y el director de esta tesis, Maldonado Molina. La impecable coordinación de la obra se ha llevado a cabo por los profesores López Insúa y Ruíz Santamaria.

2.3.4 Vectores determinantes de la Asistencia Personal

Como la luz atravesando un cristal pasa de ser un halo a multiplicarse en rallo diversos tras el prisma, así consideramos que debe suceder en la promoción de la autonomía que se va desplegando por medio de unos vectores que son el ámbito, la dirección y el sentido. Van a ser determinantes en el siguiente sentido³⁷⁷:

A) En el ámbito, es el subjetivo el principal ámbito de aplicación, baste ya con decir que la persona con discapacidad es el sujeto en sí mismo considerado.

B) La dirección va dirigida hacia el traje a medida jurídico y social para cada persona según su discapacidad. Así, se deberá tener en cuenta es la etiología y las consecuencias de las deficiencias para concretar en contenido de la prestación y del servicio.

C) El sentido de todo ello es la Vida Independiente y en condiciones de igualdad que el resto de la comunidad. Independientemente del grado que tenga y de cuál sea su tipo de discapacidad, edad o dependencia en cualquiera de sus grados³⁷⁸.

En definitiva, la promoción de la autonomía debe ir encaminada hacia la provisión de los apoyos necesarios para vivir de manera autónoma. Sin embargo, pensamos que no acierta el legislador en la reforma civil, al no mencionar ni una sola vez la construcción de derechos que supone la Promoción de la Autonomía.

A todo este contenido hay que darle forma con entidad propia ya que la reforma civil producida, como se ha visto, ha supuesto una gran evolución, la regulación de la guarda de hecho y su reconocimiento reivindicado por los propios operadores jurídicos como paradigma tornado hacia la decisión propia de las personas con discapacidad. Sin embargo, en lo que nos atañe, el destino final de los vectores debe confluír en una regulación de derechos y obligaciones para ambas partes que el propio Sistema proporciona y garantiza, esa es nuestra gran diferencia.

³⁷⁷ Según la RAE en su acepción física Vector es “toda magnitud en la que, además de la cuantía, hay que considerar el punto de aplicación, la dirección y el sentido. Las fuerzas son vectores”.

³⁷⁸ Hay que recordar que desde la reforma llevada a cabo por el RD12/2012 de la Ley 39/2006, la asistencia personal como recurso lo es contemplada en todos los grados y no sólo para los grandes dependientes como fue en un principio (Grado III).

En ese sentido, adquieren especial importancia la necesidad de regular la materia de la AP de manera uniforme para que los resultados sean consecuentes con lo que se quiere promover.

En materia de revisión, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis y, en cualquier caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación. Asimismo, no podrán ejercer medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

En nuestra propuesta de trabajo, las revisiones deberán hacerse de común acuerdo, de forma fundada y dentro de los cauces que regulan la relación de la persona que presta la asistencia y de la persona asistida, según prestación del servicio, pues no debemos olvidar que aquella, será siempre un trabajador. Es por ello que reclamamos, como hemos mencionado en diversas ocasiones, la necesidad de un código nacional de ocupación propio, formación equiparada en todo el territorio nacional y demás requisitos unificados.

3. EXPERIENCIAS COMPARADAS

En la materia del Derecho Comparado, se debe partir de una primera base que viene a tener su expresión en un pensamiento crítico de Analista del Derecho. En este sentido, se considera que, para usar y entender el Derecho en su conjunto, hay que contar con el derecho comparado debido a la globalización existente. Por ello necesario e imprescindible hoy más que nunca viajar y conocer el *modus vivendi* en el que el derecho se manifiesta en otros países. Este pensamiento coincide con el desarrollo de este capítulo que conforma los pasos a seguir en el análisis jurídico extranjero.

En un primer lugar, el punto de partida, lo marca la necesidad de conocer la realidad social de un país. Como referencia legislativa, no cabe duda de que la Constitución de un país, supone la expresión legal del mismo, el ADN, que lo conforman el modo de vivir que tiene la ciudadanía en su día a día y que se entrelaza con el derecho y las distintas relaciones sociales, formando todo un entramado de identidad propia. Consideramos, por tanto, que es necesario estudiar las transformaciones de la sociedad, que en la mayoría de las ocasiones aparece antes que la regulación de referencia, para cuidar de hacer de manera ordenada, las transformaciones de las situaciones que lo requieran. Esto se torna en imprescindible, cuando hablamos de una materia tan delicada como son los derechos de las personas y el respeto a la dignidad que les son inherentes convirtiéndose así, el Derecho, en la salvaguardia responsable de los mismos, sobre todo cuando se trata de personas con discapacidad o en situación de dependencia y sus familias.

Actualmente nos encontramos en un momento de vida interconectado de forma instantánea con todo el planeta. La globalización supone, que, si no se conoce nada más que un derecho, no se conoce el Derecho³⁷⁹.

El derecho comparado supone ambas cosas, por un lado, una disciplina y por otro un método que, además, usa un lenguaje propio. Es una ciencia que contiene un método de análisis que puede ser planteado de la siguiente forma secuencial: Primero: Saber por qué se compara; Segundo: Determinar qué se compara y Tercero: Conocer cómo se compara. Todas estas cuestiones, disciplinan la ciencia y el método de análisis de la actuación comparativista de la

³⁷⁹ En España, es difícil encontrar la enseñanza del derecho comparado como una disciplina autónoma, incluso por parte de algunas doctrinas se piensa que ni es un método, ni es una ciencia que se pueda estudiar separadamente. Si hay, sin embargo, existen revistas cada vez más especializadas en derecho comparado que refleja las obras doctrinales de un grupo nutrido de juristas de distintas universidades del mundo.

que tan sólo se va a hacer aquí una mera referencia por cuestiones de contenido. Así tenemos:

Primero: Saber por qué se compara. La existencia de legislación en el propio país sobre una determinada materia, en estos actuales momentos, exige tener una visión más amplia, debiendo conocer la legislación extranjera al respecto de aquello que pueda ser introducido en la propia legislación de la persona que investiga y ver qué es lo que puede ser trasladado. ¿Cuál es el efecto principal que esto produce? Sin ánimo de ser pretenciosos, mi estancia investigadora en Italia, me llevó a concluir que todo ello sirve principalmente, para extender la propia cultura al conocer otros ordenamientos jurídicos externos al nuestro; para ser más tolerantes; para tomar diferentes perspectivas de lo que vamos a comparar, lo que mejora la regulación en general y su comprensión. Hablamos de comparar lo que aún son textos legales en nuestro país —law in the books— con lo que es en el extranjero experiencia cotidiana —law in action³⁸⁰

Podemos afirmar, que se compara para extender la propia cultura, para entender como otro ordenamiento extranjero de diferente o igual color político al nuestro, legisla la materia de que se trate.

Segundo: Qué se puede comparar. Se puede comparar todo, pero es necesario, para ser rigurosos, especificar más esa generalidad y, por tanto, es la micro comparación, esto son, normas, sentencias, constitucionalidad de leyes, etc., lo que conforman la labor de verificar si se puede utilizar.

Así, por ejemplo, en España el reglamento del Congreso obliga a los grupos parlamentarios sólo si es un partido político como grupo parlamentario con legitimación electoral. En Italia, estos grupos son nombrados por el Parlamento directamente y se consideran que tienen más legitimación legal que el electorado. En este sentido, por tanto, hemos realizado una micro comparación específica dentro del sistema parlamentario específico, preguntando a continuación Otro ejemplo, es la jurisprudencia que tiene la dificultad de su relevancia, así por ejemplo, es normal que el tribunal supremo húngaro se fundamente en muchas de las sentencias de los tribunales alemanes, pero no se produce de la misma manera el efecto desde Alemania. Esto, puede llevar a la conclusión de que las aplicaciones de las normas no tienen un criterio paritario.

Por otra parte, la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, utiliza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de DDHH, y no se hace a la inversa con la misma intensidad. Asimismo, utilizan por igual en las sentencias fundamentos, además doctrinales. En Canadá, las sentencias dicen cuál es la legislación y la

³⁸⁰Rodríguez-Zapata, J Letrado del Consejo de Estado: La Corte Constitucional Italiana: ¿modelo o advertencia? p..1

doctrina utilizada al inicio a modo de sumario. En Italia, la jurisprudencia es profusa, llegando los jueces a hacer sentencias de hasta 100 páginas en muchas ocasiones

Tercero: En cuanto a la forma de comparar, consideramos que ésta se puede hacer, básicamente, de dos formas: Por Analogía y Por Diferencia: La analogía está en el espíritu del Ordenamiento y la diferencia está en la interpretación de la Constitución. A la primera de ellas, responde el contenido de esta tesis. Incluso podríamos decir que hay otra tercera forma de comparar que supone la clasificación, que se puede utilizar para una misma comparación de una misma materia o a la creación de una categoría nueva, cuando el derecho no haya sido suficiente para responder a la realidad a la que se refiere. Así por ejemplo ocurrió con la forma de gobierno de los Estados Unidos llamada "Presidencialismo" y que no existe en la constitución americana y se ha ido forjando con el paso del tiempo como entidad propia hasta nuestros días.

Asimismo, junto a lo anterior, se producen otros dos fenómenos de análisis, uno relacionado con la labor de cotejar ordenamientos jurídicos ajenos como macro comparación, por ejemplo, del derecho español versus derechos extranjeros. Esto, una labor significativa para la creación del Derecho en su conjunto que adquiere entidad propia al regular las relaciones entre personas gobernantes y personas gobernadas. El hecho de hacerlo de manera comparada, lo convierte en una normativa de carácter técnico más completa que tiene la exclusiva legislación de un Estado.

El otro fenómeno que se produce es que, en la actualidad, creemos firmemente que se debe llevar a cabo una internalización del derecho constitucional más que una constitucionalidad del derecho internacional por los propios fundamentos que contempla. Un ejemplo de ello es el hecho de que en Europa, podemos decir que ha nacido un derecho nuevo creado ad hoc en la actualidad y que tiene su origen en la existencia de la publicación de datos en internet, que los hace navegar a todos los confines del mundo por fechas sin término.

Hablamos, en este sentido, del denominado "derecho al olvido", que quiere hacerse valer por aquellas personas que no quieren ver su vida reflejada a modo de historial en internet, especialmente, cuando se trata de situaciones anteriores que son perjudiciales para su persona en la actualidad. Se ha proclamado como derecho fundamental porque afecta a la dignidad humana y que tiene en contraposición el derecho a la información y a la intimidad.

Es un producto legislativo que, con la globalización, se ha posicionado en el mundo como objetivo de protección de interés común. Podemos decir, que se van ampliando los grandes espacios colectivos-económicos-tecnológicos-

informativos y, en paralelo, se va provocando una reducción de los espacios jurídicos propios.

Podemos afirmar que, el desarrollo de este capítulo obedece a una razón fundamental que es conocer mejor y ensalzar el método comparativista, porque ayuda a entender la complejidad y la heterogeneidad de derechos extranjeros que regulan la materia en sociedades que nos son ajenas. De esta manera, la pluralidad de ordenamientos exaltarán el sistema jurídico comparado como ciencia jurídica con entidad propia y necesaria compuesta de normas y jurisprudencias identitarias que contribuyen a que el derecho a la paz y la libertad de las personas sea la salvaguarda de esta tutela ³⁸¹.

La proclama como respuesta a las distintas legislaciones, bien puede ser el lema “Unidos en la Diversidad” de la Unión Europea en su nacimiento, junto al “nada sobre nosotros sin nosotros” ya visto en la filosofía de vida independiente.

No supone, por tanto, una homogeneización en derecho comparado, todo lo contrario, es comprenderlo e introducirlo en la propia identidad del propio país, si así se considera. La Unión Europea nació para este fin y para reforzar así la paz entre los pueblos (sistema económico, universitario, normativo e interpretativo...) tal y como se ha puesto de relieve en el primer capítulo de este trabajo.

Pasemos pues al análisis de la figura propuesta, a modo de muestra identificativa, ya que el contenido más específico relacionado con un estudio con diversas figuras, bien puede ser objeto de otro apasionante trabajo.

Cabe decir, finalmente, que no aspiramos a ser comparativistas, sino tan sólo a realizar una exposición selectiva de las formas de provisión de la asistencia personal en algunos derechos extranjeros.

- a) Así, en países pioneros, como Estados Unidos o Reino Unido, el factor de fondo es la reivindicación de los derechos individuales con la meta del «pago directo» al usuario de la AP.
- b) Pero en países de Europa Central, como Austria, Alemania, Holanda o Francia, la insuficiencia estatal en la provisión de servicios ha llevado sólo al intento de compensar los gastos familiares en los cuidados de larga duración, consiguiendo así un abaratamiento general de los costes. En general, las asignaciones individuales son selectivas y reservadas a grupos con insuficiencia económica.

³⁸¹ De esa manera, se hace necesario aplicar la legislación europea al caso concreto pasando de un derecho escrito a un derecho aplicado (law in book- law in action).

- c) Por lo demás, se suele entender asistencia domiciliaria como sinónimo de asistencia personal, tanto por parte de cuidadores profesionales como informales³⁸².

3.1. SUECIA

Podemos decir que Suecia, es uno de los países pioneros en Europa en prestaciones de Asistencia Personal (1987). Tiene como destinatarios a las personas con diversidad funcional cualquiera que sea el tipo de discapacidad y edad, aunque respecto de este punto hay que advertir que no son protegibles aquellas personas que hayan adquirido discapacidad tras la edad de 65 años.

Entre los distintos canales de gestión, menos del 4% de los usuarios aplicaba el presupuesto por su cuenta, en torno al 50% lo gestionaba a través del municipio, un 12% mediante sociedad cooperativa y un 34% mediante organizaciones privadas. Se estima que unas 16.000 personas son beneficiarios³⁸³.

La creación de un organismo público como el Independent Living Institute (en adelante ILI), promueve la autodeterminación de personas con discapacidad. Es un centro de desarrollo de políticas que se especializa en políticas impulsadas por el consumidor para la autodeterminación, el respeto por sí mismos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Destaca como característica el hecho de que el ILI, trabaja para promover las oportunidades para que las personas con discapacidad tengan más poder personal y político, autodeterminación, participación plena e igualdad a través de proyectos de información, educación, consultoría y desarrollo.

La institución, trabaja con otras organizaciones que apoyan estos objetivos a nivel local, nacional e internacional, incluidos los grupos de autoayuda en los países en desarrollo.

En cuanto a sus antecedentes, en 1989, más de 80 personas con discapacidades graves asistieron a una conferencia de tres días del Parlamento Europeo en Estrasburgo. La conferencia fue sobre Asistencia Personal. Como uno de los resultados de la reunión, se fundó ENIL (European Network of

³⁸²Diputación Foral de Gipuzkoa, Prestaciones económicas y otras fórmulas de asignación económica individual en los sistemas de atención a la dependencia. Panorama comparativo internacional, Centro de Documentación y Estudios SIIS, Donostia, 2011

³⁸³Clevnert U., Johansson L. (2012): "Personal Assistance in Sweden". In: JH Stone, M Blouin, editors. International Encyclopedia of Rehabilitation. Disponible en: <http://cirrie.buffalo.edu/encyclopedia/en/article/137/>

Independent Living), la red europea para la vida independiente. Dos de las organizaciones de base de Vida Independiente representadas en Estrasburgo, STIL, la Cooperativa de Estocolmo para la Vida Independiente, y GIL, la cooperativa de Vida Independiente de Gotemburgo, cofundaron el Instituto para la Vida Independiente en 1993 (en mayo de 2003 el nombre fue cambiado a Vida Independiente Institute, ILI) para promover la filosofía de vida independiente y los métodos de trabajo dentro y fuera de Suecia. En cuanto a su organización, ILI es una fundación sin fines de lucro registrada en Estocolmo con el número de organización 802017-5090³⁸⁴.

En los datos sobre Asistencia Personal Uno de los pilares del Movimiento de Vida Independiente (en adelante MVI) es la asistencia personal (AP), que ENIL define como una herramienta que permite la Vida Independiente (definiciones clave de ENIL). La AP debe proporcionarse sobre la base de una evaluación de las necesidades individuales y dependiendo de la situación de vida de cada individuo.

No cabe duda de que la vida independiente desde el modelo social de la discapacidad ofrece una oportunidad para el empoderamiento y la inclusión de las personas con discapacidad. Es considerado un derecho humano tanto por el movimiento como por la Convención³⁸⁵.

. Algunos países han aprobado leyes de la Autoridad Palestina que no reflejan la filosofía del MVI o la Convención Esto permite la vulneración de los derechos humanos. También confirma la creencia de ENIL de que los políticos carecen de conocimientos sobre la legislación y sobre la situación real de las personas con discapacidad. Esta falta de voluntad política afecta directamente a miles de vidas a diario.

Existe sobre Asistencia personal dirigida por usuarios en la Unión Europea: una encuesta que comentamos a continuación; En el período enero de 2018 - marzo de 2018, ENIL implementó una encuesta sobre asistencia personal en el marco del proyecto 'Asistencia personal dirigida por usuarios en la Unión Europea: un análisis comparativo crítico', dirigido por el Dr. Teodor Mladenov³⁸⁶. El inventario completo, incluidas las pautas para completarlo y el formulario de consentimiento.

³⁸⁴ La oficina está ubicada en estos momentos en Storforsplan 36, décimo piso, 123 47 Farsta.

³⁸⁵ Sin embargo, a pesar de que la AP está respaldada por su artículo 19 resulta que la mayoría de los países europeos han firmado y ratificado, y muchos aún no cuentan con legislación sobre AP

³⁸⁶ https://enil.eu/wp-content/uploads/2019/04/PA_Inventory_raw_data.pdf

De los 48 encuestados que revelaron sus países de residencia, una persona informó sobre Indonesia y 47 personas informaron 21 países europeos: Armenia, Austria, Bélgica (tres encuestados), Bulgaria (cuatro encuestados), Estonia, Francia (dos encuestados), Grecia (cuatro encuestados), Hungría (cuatro encuestados), Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Montenegro (dos encuestados), Noruega (tres encuestados), Países Bajos (dos encuestados), Rumanía (dos encuestados), Serbia (tres encuestados), España, Suecia, Suiza y Reino Unido (ocho encuestados).

En el mismo marco, a finales de 2018, ENIL puso a prueba la Lista de verificación de asistencia personal, una nueva herramienta para evaluar los planes de asistencia personal (AP) desde la perspectiva de la vida independiente. La lista de verificación está destinada a ayudar a los defensores de todo el mundo a luchar por una mejor AP y permite, por primera vez, clasificar los esquemas de AP de acuerdo con los principios de vida independiente.

Merece una breve consideración aparte, la investigación sobre la disponibilidad de servicios de AP en países del Consejo de Europa. En 2011, ENIL decidió investigar la disponibilidad de servicios de AP dentro de los países del área del Consejo de Europa, recopilando información para comparar situaciones de países sobre la legislación de AP. La investigación fue realizada por ENIL entre 2011 y 2013, incluida una investigación de escritorio y la difusión de una encuesta. En ese proceso participaron expertos en discapacidad de 21 países europeos.

En 2015, ENIL actualizó los datos recopilados contactando nuevamente a expertos en discapacidad con respuestas de los siguientes 20 países: Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Estonia, Francia, Georgia, Grecia, Italia, Letonia, Macedonia, Países Bajos, Noruega, San Marino., Eslovenia, España, Suiza, Suecia, Reino Unido. En comparación con 2013, se agregaron cuatro nuevos países: Estonia, Georgia, Macedonia y Suiza. Desafortunadamente, ENIL no pudo recopilar información de Alemania, Islandia, Irlanda, Serbia y Eslovaquia, todos los cuales participaron en el proyecto de investigación anterior de ENIL³⁸⁷.

Destaca también, STIL, como los fundadores de la vida independiente en Suecia al ser una cooperativa de asistencia y una asociación sin fines de lucro de personas con discapacidad que rompen barreras. STIL fue fundada en 1984 y fuimos los primeros en Suecia con asistencia personal. La asistencia personal es

³⁸⁷ <https://www.enil.eu/wp-content/uploads/2012/06/Personal-Assistance-Service-in-Europe-Report-2015.pdf>

un derecho humano. A través de la asistencia personal, tenemos poder en nuestras vidas. Todos los miembros del directorio de STIL cuentan con asistencia personal.

Muchas personas que trabajan en la oficina cuentan con asistencia personal. Han creado varias herramientas para que las personas interesadas, puedan decidir sobre su necesidad y preferencias de AP. EL portal de acceso se llama STYLE, y preconizan el empoderamiento de la persona con discapacidad al entrar en este sistema por medio del cual se elige y supervisa a los asistentes personales. Muchos de las personas usuarias de STIL tienen un supervisor que brinda apoyo en la supervisión de los asistentes. STIL significa The Founders of Independent Living en Suecia y es una asociación sin fines de lucro de personas con discapacidades. La asociación es parte del movimiento internacional de vida independiente. Se fundó en 1984 y tiene como objetivo apoyar a las personas discriminadas por su funcionalidad y trabajan fundamentalmente por el derecho a:

- La Autodeterminación e integridad
- La Participación plena e igualdad en la sociedad
- El Control sobre la propia asistencia personal y, por lo tanto, la propia vida.
- La Movilidad social y geográfica
- La Flexibilidad y espontaneidad

A través de su primer proyecto, pudieron demostrar que la AP es más barata y eficaz que la atención domiciliaria. Gracias a esto, la asistencia personal pasó a formar parte de LSS - Ley de Apoyo y Atención a determinadas personas con discapacidad-.

Por lo tanto, fueron los primeros organizadores de asistencia de Suecia y sigue siendo una cooperativa de asistencia sin fines de lucro. STIL tiene alrededor de 200 miembros y somos el empleador de alrededor de 1.500 asistentes personales.

La persona usuaria se convierte en miembro de STIL eligiendo a STIL como su organizador de asistencia. Los miembros tienen derecho a voto en la Asamblea General Anual, donde, entre otras cosas, se elige a la Junta. Solo los miembros pueden sentarse en la Junta. Esto significa que solo las personas que cuentan con asistencia personal pueden participar en la dirección del trabajo. También hacen un llamamiento a la sociedad en general al decir que si se desea apoyar el trabajo de STIL cualquiera puede convertirse en miembro de apoyo³⁸⁸.

³⁸⁸ <https://www.stil.se/sv>

Tampoco es necesario tener una funcionalidad que rompa las normas para convertirse en miembro de soporte. Es suficiente que pienses que todavía funciona para cosas buenas. Los miembros de apoyo no tienen derecho a voto en la Asamblea General Anual y no pueden formar parte de la Junta.

En cuanto a la manera de decidir la prestación y gasto en torno a la AP, todas las personas usuarias (llamadas supervisoras), tienen su propia cuenta en STIL. Lo llaman "tu proyecto". En este apartado, STIL informa de cada finanza de AP: con ingresos, gastos y resultados. Se obtiene a cambio una cuenta de resultados de cada proyecto cada tres meses, de manera que se puede llevar a cabo en todo momento, el seguimiento de las finanzas y para qué se utiliza el dinero.

La persona usuaria, decide cómo gastará el dinero en su proyecto, obteniendo la ayuda de la oficina para hacer un presupuesto, si lo desea. Se decide por cada persona a qué cursos quieres asistir ella o incluso o su asistente. También determina los costes de asistencia que necesita, incluido los salarios iniciales de sus asistentes según la tabla de calificaciones salariales que tiene la oficina de STIL según proyecto.

Sin embargo, hay algunas cosas que no puede decidir en estas llamadas finanzas de la asistencia y que son:

- a) La Tasa administrativa de STIL, que es el 8% de la asignación de asistencia de cada persona.
- b) Qué costes se aprueban para la asistencia. Esto lo decide la Agencia Tributaria Sueca.
- c) Lo que podemos llamar la "Reserva Stil"

Respecto a la tasa administrativa que tiene asignada STIL, es del 8% de la asignación de asistencia estatal. La tarifa incluye el apoyo de la oficina, los programas de pregrado de STIL y los días de membresía.

El seguimiento de las finanzas relacionadas con cada A.P. se lleva a cabo mediante el recibo de una cuenta sobre las finanzas del propio proyecto, anualmente. Luego, se recibirá información sobre su reserva. Si se desea poder ver cómo va la economía en cualquier momento, se puede iniciar sesión en el sistema financiero de la entidad.

Para decidir sobre los salarios de las personas que prestan la asistencia, La persona usuaria establece el salario inicial, según la tabla de calificaciones de STIL y lo puede pagar en su proyecto. Cada año, la oficina de STIL lleva a cabo

una revisión salarial "automática" donde los salarios se ajustan de acuerdo con el convenio colectivo.

Existe la figura del "búfer" de STIL que es una especie de fondo de reserva, pues todos los proyectos STIL deben tener dinero ahorrado en un búfer. El colchón cubrirá un salario mensual para los asistentes y se utiliza en caso de eventos inesperados, por ejemplo, si se necesita estar en un hospital y la Agencia Sueca de Seguridad Social no aprueba que vayan acompañados por los asistentes³⁸⁹.

La Garantía de asistencia de STIL cubre los costes hasta por tres meses si sucede algo inesperado. Puede ser que la persona esté en el hospital y no reciba una compensación por asistencia o reciba una decisión modificada con respecto a su asistencia personal. De esta manera y si el dinero no es suficiente, la entidad puede ayudar a solicitar una mayor compensación por asistencia. Esto se aplica si tiene grandes costes en su asistencia, por ejemplo, si sus asistentes necesitan mucha capacitación, o si tiene altos costes por horas de trabajo debido al inconveniente surgido.

3.2. FINLANDIA

Con relación a Finlandia, hay que decir que el sistema de las prestaciones de asistencia personal comenzó su andadura en 1987, de la mano de las administraciones municipales. La cobertura se extiende a diferentes perfiles de diversidad funcional, incluyendo la cognitiva.

Existe una voluntad hacia la extensión del modelo como vía idónea siempre que sea posible para disfrutar de la equiparación de derechos, acceso a la vida independiente e inclusión comunitaria³⁹⁰. Su aplicación fundamental es de competencia municipal, lo que implica amplias diferencias territoriales. La elegibilidad se ha abierto a diferentes perfiles de diversidad funcional, incluyendo la cognitiva. "La nueva ley quiere tener en cuenta las preocupaciones de las personas para quienes no es tan evidente el ser su propio empleador"³⁹¹.

³⁸⁹Según <https://www.stil.se/sv/personlig-assistans-i-stil>, La mayoría de los supervisores nuevos en STIL ahorran un búfer durante sus primeros dos años en STIL.

³⁹⁰Van Hauwermeiren, Juliska; Decruynaere, Elke (2009): Direct payments in care - Current situation in 8 European countries. Expertise Centre Independent Living. Belgium. (p.. 32).

³⁹¹ Van Hauwermeiren, J.; Decruynaere, E., 2009: 32)

3.3. NORUEGA

Se puso en marcha algo más tarde que en los otros países nórdicos: en 1991, como programa piloto a través de la cooperativa ULOBA. En 2000 la AP se reconoció a través del "Estatuto de Servicios Sociales" como una competencia municipal. En principio, las personas con discapacidad intelectual y menores quedaban excluidos (la ley establecía que la persona había de ser capaz para "actuar como gestor en relación con su asistencia", aspecto que se suprimió en la modificación legal de 2005).

Aunque la gran mayoría de los usuarios de AP tiene discapacidad física, en torno a un 10% cuenta con limitaciones/diversidades sensoriales o daño cerebral, un 4% con discapacidad intelectual.

Se calcula que entre 3.000 y 3.500 personas disfrutan hoy servicios de AP en Noruega. Además, es un ejemplo para seguir en materia de compromiso comunitario, pues Uloba es una Cooperativa de vida independiente de Noruega para asistencia personal controlada por la persona consumidora de sus servicios. Fue fundada en 1991. Inicialmente surgió con cinco pioneros que iniciamos la cooperativa, ahora con miles de personas usuarias contrata a miles de asistentes personales. Uloba es la única cooperativa de este tipo en Noruega y se basa en los principios del Movimiento de Vida Independiente. Luchan día a día contra las instituciones, la medicalización y la profesionalización.

La realización de los trabajos y sus aportaciones, se llevan a cabo entre iguales. Así, el apoyo y los consejos entre pares es su método. STIL (Cooperativa de Estocolmo para la Vida Independiente) fue el modelo a seguir de Uloba durante los primeros años.

A partir de mayo de 2000, la asistencia personal controlada por el consumidor estaba cubierta por la ley en Noruega, principalmente debido al trabajo de Uloba. Uloba ha realizado un trabajo pionero en la lucha por la asistencia personal controlada por el consumidor. Aunque la asistencia personal está cubierta por la ley en Noruega, no es un derecho legal individual como en Suecia. Está incluido en un marco de leyes que cubren todos los derechos sociales. Tener el control del consumidor sigue siendo una negociación individual con el gobierno local para cada persona con discapacidad.

Son los Municipios (no la persona con discapacidad) los que tienen derecho a decidir entre tres modelos de empleador:

1) La propia persona con discapacidad es el empleador. En este sentido lleva mayor presión sobre los documentos requeridos y sin el apoyo del control de pares.

2) El municipio es empleador. En este modelo, el control del consumidor es muy limitado, toda la gestión documental le corresponde al Municipio, no hay apoyo de pares, y pueden surgir mayores interferencias de profesionales.

3) Uloba es empleador lo que supone el control por parte del consumidor, el apoyo entre pares, y el asesoramiento entre los mismos.

Muy pocas personas tienen información sobre los tres modelos y los municipios suelen considerarse a sí mismos como el empleador más profesional.

Los servicios municipales se establecen en todos los municipios³⁹² y se organizan con un enfoque principal sobre las personas mayores enfermas. Los servicios están diseñados para personas enfermas que se quedan en casa esperando a que los servicios atiendan sus necesidades básicas. Con los servicios municipales estás confinados en casa.

Al lado de esta visión de personas usuarias, destaca la diversidad cuando hablamos de que las personas con discapacidad no son personas enfermas que quieran quedarse en casa, sino que tienen una vida social cada vez más amplia y participativa si el Sistema se lo permite ya que en caso contrario, la historia nos ha enseñado que demandarán sus derechos de forma alta y clara.

Es difícil hacer que los profesionales y los políticos se den cuenta de que las personas con discapacidad necesitan tener el control de su propia asistencia para poder tener el control de sus vidas ¿Acaso no pensamos eso en nosotros? . Las personas con discapacidad necesitan tener control sobre su asistencia para trabajar, asistir a reuniones, disfrutar de conciertos, cines, cafés, viajes de fin de semana, vacaciones, etc. Por todo ello, Uloba cuando se elige como empleador, supone una oferta de profesionales asistentes que ellos mismos contratan, capacitan, hacen los horarios y son supervisores de sus propios asistentes.

Con una mirada de perspectiva, podemos decir que tienen futuro las cooperativas controladas por los consumidores y usuarios ya que el potencial que tiene Uloba se sustancia de varios factores:

- a) cuenta con un buen equipo de expertos en discapacidad que desean desempeñar un papel importante en el desarrollo de la asistencia personal controlada por el consumidor en Noruega.

³⁹² 434 en total

- b) Persiguen, la promoción de la autonomía como protección social y que sea incluida en la Seguridad Social Pública como ocurre en Suecia.

El Apoyo entre pares y el asesoramiento entre pares significa que los empleadores, reciben educación y apoyo de pares de los capacitadores de pares en la cooperativa. Uloba tiene profesionales consejeros, que cuentan con asistencia controlada por el consumidor; están repartidos por todo el país. El apoyo y el asesoramiento entre pares en la cooperativa es genuino, Uloba tiene:

- Cursos y encuentros de líderes de trabajo,
- asesoramiento y apoyo a líderes de trabajo y personas con discapacidad que quieran formar parte de la cooperativa,
- información general a personas con discapacidad, familias y profesionales,
- realización de seminarios, conferencias, foros de asistentes, manual del líder de trabajo, manual del asistente, sitio web: www.uloba.no, publicidad en revistas, folletos, etc.

En Noruega, en fin, coexisten tres formas de gestión del asistente personal, una gestionada por la administración local y otras dos (pago directo o gestionado por ULOBA con grandes éxitos.

Dando un paso más en el compromiso y en materia de discriminación, ante el reclamo social, Uloba ha fundado un organismo separado en 2002 para influir en el proceso hacia una legislación contra la discriminación y para salvaguardar que los compromisos sigan siendo altos en el proceso político. La fundación se llama Stop Diskrimination³⁹³.

3.4. REINO UNIDO

Los precursores del Movimiento de Vida Independiente europeo fueron personas que previamente se habían trasladado durante un tiempo a los Estado Unidos de América con objeto de aprender todo lo relacionado con este movimiento y poder implantarlo posteriormente en sus respectivos países. Se atribuye a John Evans en el Reino Unido y a Adolf Radzka en Suecia, los inicios en Europa³⁹⁴.

La estrecha relación del modelo social y el MVI se encarna en la figura de Vic Finkelstein, fundador en el Reino Unido de la Union of the Physically

³⁹³La dirección web es www.stopdisk.no.

³⁹⁴Rodríguez-Picavea, A. (2010): "Vida Independiente: Dignidad y derechos de la diversidad funcional. Revista de Terapia Ocupacional Galicia, 7 (6): 78-101.

Impaired Against Segregation (UPIAS), al que se le atribuye el desarrollo del modelo y que estuvo en los inicios del MVI en Berkeley para traer a Europa la experiencia³⁹⁵.

En 1988 se creó el Fondo para la Vida Independiente (Independent Living Fund, ILF), organismo público dependiente del Departamento de Trabajo y Pensiones. Se estima que atiende unos 19 mil beneficiarios posibilitándoles contratar a personal de apoyo. El principal instrumento para la asignación del pago directo y la AP en Reino Unido es el Fondo para la Vida Independiente (Independent Living Fund, ILF), organismo público dependiente del Departamento de Trabajo y Pensiones. Su experiencia inició a través de una primera etapa piloto quinquenal en 1988. El ILF, en colaboración con en torno a 200 autoridades locales en Reino Unido, canaliza pago directo a unas 19.000 personas beneficiarias (2011), posibilitándoles así contratar a personal de apoyo (APs) y poder realizar de esta forma vida independiente en sus comunidades.

El ILF no establece exclusiones por criterios de diversidad funcional, pero sí relativos a la renta percibida por el usuario. El ILF no establece exclusiones por criterios de diversidad funcional, pero sí relativos a la renta percibida por la persona usuaria.

Las crisis se notan en los más vulnerables y recortaron las subvenciones para las autoridades locales en un 28% en el Reino Unido, Finalmente, en diciembre de 2010 el ministro para las Personas con Discapacidad anunció que el ILF quedaba, por motivos de financiación, cerrado a nuevas solicitudes, aunque se ha mantenido el compromiso hasta 2015.

Se buscan fórmulas alternativas de cara a mejorar su financiación. Con relación a la capacidad económica de las personas con discapacidad, la Corte Suprema ha determinado que las personas con discapacidad en el Reino Unido serán evaluadas en función de sus necesidades y no con base al presupuesto de la Administración. El caso que ha dado lugar a esta resolución clave fue el de K.M., un discapacitado que sufre de autismo, ceguera y con movilidad limitada. Las autoridades del Condado de Cambrigde le habían ofrecido un paquete de cuidados asistenciales que K.M. consideró que no cubría sus necesidades. El ILF asesora, a través de expertos independientes, al candidato/usuario a la hora de identificar sus necesidades y plan de Vida Independiente, también fiscaliza el uso del pago directo. Provee materiales formativos para llevar adelante la gestión y empleo de AP³⁹⁶.

³⁹⁵ Carbonell Aparici, G.J.: " El asistente personal para una vida independiente: una figura en construcción". Revista de Derecho UNED, núm. 21, 2017

³⁹⁶ Bascones, L.M.; Guzmán, F. Comisión de usuarios, OVI Madrid. 11/2012

Cuatro entidades benéficas (Sense, National Autistic Society, RNIB y Guide Dogs) se apersonaron en la causa con el objeto de esclarecer la aplicabilidad del factor económico. A pesar de que el fallo resultó desfavorable para el demandante, la sentencia ha dejado claro que la disponibilidad de recursos de la autoridad no debe ser tomada en cuenta en el establecimiento de las necesidades de atención de las personas con discapacidad. Actualmente, en parte debido al fallo de 1997, existe disparidad en este sentido y en algunos condados se limita la evaluación con base al coste que supone la atención. Esta situación dejaba al receptor en una suerte de lotería administrativa.

Adicionalmente, el fallo también aclara que en los casos en que la ayuda social es proporcionada mediante pago directamente al beneficiario, es fundamental que la autoridad provea de un razonable desglose que permita establecer si la suma en cuestión se adecúa a las circunstancias del caso o si se queda por encima o por debajo.

Los representantes de las entidades celebran que esta sentencia histórica unifique el criterio de evaluación. La consecuencia inmediata es que cada autoridad local en Inglaterra y Gales podría tener que reconsiderar el procedimiento mediante el cual realiza la valoración de las necesidades de las personas discapacitadas.

En cualquier caso, insisten en que las necesidades individuales de un discapacitado son las mismas sin consideración de su lugar de residencia y de la autoridad a la que corresponda gestionarlas. Este hecho exige garantizar una absoluta transparencia en términos de los cuidados asistenciales requeridos³⁹⁷.

3.5. IRLANDA

El primer Centro para la Vida Independiente, se estableció en Dublín en 1992, de forma cooperativas: gestionado por y para personas con diversidad funcional. Está gestionado por y para personas con diversidad funcional, con el objetivo de lograr vida independiente, elección y control sobre la propia vida, plena participación en la sociedad en igualdad como ciudadanos. Hoy se cuenta una red de 22 centros Se organizan como sociedad limitada sin ánimo de lucro. Lo fundamental es gestionar el servicio de AP, a partir de la prestación que contempla el sistema de protección social, y además ejercen un papel de representación, impulso y servicios de transporte, vivienda, etc. Con esta trayectoria, es un modelo bien conocido y asentado como práctica. Un modelo en

³⁹⁷<https://fesoce.org/noticias/cortesupremauk/>

peligro en las actuales circunstancias, por otro lado. En esta situación, la red de Centros para la Vida Independiente lleva adelante una campaña de argumentación y reivindicación para defender el modelo y evitar mayores recortes. De hecho, el Ministerio de Salud, de quien depende la política y servicios en el ámbito de la discapacidad, anunció en agosto de 2012 un recorte de 10 millones de euros en prestación de AP. Tras las protestas y movilización que suscitó el anuncio, el ministro dio marcha atrás, instando a mantener el presupuesto para cubrir las actuales prestaciones de AP.

En las observaciones finales del informe inicial Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte³⁹⁸, Preocupan al Comité:

a) El hecho de que la legislación del Estado parte no reconozca el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad como derecho humano que consagra la autonomía individual, el control y la elección como aspectos intrínsecos de ese derecho;

b) Las políticas y medidas que afectan a la capacidad de vivir de forma independiente en la comunidad, como la reducción de los planes de protección social vinculados a la vivienda, los ingresos de los hogares y los presupuestos para la vida independiente, así como el cierre del Fondo para una Vida Independiente;

c) El hecho de que la responsabilidad de apoyar la vida independiente se haya transferido a las administraciones descentralizadas y las autoridades locales sin la adecuada asignación presupuestaria y específica;

d) El hecho de que muchas personas con discapacidad sigan siendo internadas en instituciones y privadas del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, cuando: i) carecen de los recursos financieros necesarios para sufragar la asistencia personal; ii) las autoridades locales estiman que pueden prestar asistencia en residencias; y iii) el argumento del costo es el principal parámetro de una evaluación;

e) La falta de servicios de apoyo y servicios públicos accesibles, incluida la asistencia personal, para las personas con discapacidad, independientemente del sexo, el género, la edad y otras condiciones, a fin de que puedan vivir de forma independiente y ser incluidas en la comunidad.

Frente a todo ello, el Comité recomienda al Estado parte que, de conformidad con la observación general núm. 5 del Comité (2017), sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, y el informe del Comité acerca de su investigación sobre el Reino Unido de Gran

³⁹⁸CRPD/C/GBR/CO/1, Aprobadas por el Comité en su 18º período de sesiones (14 a 31 de agosto de 2017).

Bretaña e Irlanda del Norte realizada en virtud del artículo 6 del Protocolo Facultativo de la Convención:

a) Reconozca el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad como un derecho subjetivo, reconozca la exigibilidad de todos sus elementos y adopte políticas, reglamentos y directrices basados en los derechos para asegurar su aplicación;

b) Realice evaluaciones periódicas en estrecha consulta con las organizaciones de personas con discapacidad para abordar y prevenir los efectos negativos de las reformas de política mediante una financiación suficiente y estrategias apropiadas en el ámbito del apoyo social y la vida independiente;

c) Asigne una financiación adecuada, suficiente y específica a las autoridades y administraciones locales, incluidos los gobiernos descentralizados, para poder destinar de forma continua recursos suficientes que permitan a las personas con discapacidad vivir de forma independiente y ser incluidas en la comunidad, así como ejercer su derecho a elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir;

d) Establezca un plan integral, elaborado en estrecha colaboración con las organizaciones de personas con discapacidad, encaminado a la desinstitucionalización de las personas con discapacidad, y elabore planes de vida independiente basados en la comunidad mediante un enfoque integral y transversal, que abarque la educación, el cuidado de los niños, el transporte, la vivienda, el empleo y la seguridad social;

e) Asigne recursos suficientes a fin de garantizar la disponibilidad de servicios de apoyo accesibles, asequibles, aceptables, adaptables y que tengan en cuenta las distintas condiciones de vida para todas las personas con discapacidad en las zonas urbanas y rurales. Así como la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21).

Gales ayuda a las personas a vivir de manera independiente prestándoles asistencia social. Así, los antiguos beneficiarios de apoyo del Fondo para una Vida Independiente verán revisadas sus futuras ayudas y se elaborará un nuevo plan de atención y apoyo. Además, el Marco de Acción del Gobierno de Gales sobre Vida Independiente promueve los derechos de las personas con discapacidad en Gales. El marco establece las modalidades de aplicación de la Convención por el Gobierno de Gales y está siendo actualizado.

En los últimos años, el Gobierno del Reino Unido ha adoptado medidas para promover la vida independiente, por ejemplo, mediante la introducción de la Ley de Asistencia de 2014 en Inglaterra. En la Ley se hace hincapié en la necesidad de garantizar que las personas mantengan el control de su vida cotidiana y puedan seguir residiendo en viviendas adaptadas. Las autoridades locales en materia de vivienda tienen el deber de facilitar los ajustes en el

domicilio de las personas con discapacidad que tengan derecho a recibir la Subvención de Instalaciones para Personas con Discapacidad (cuyo presupuesto para 2017-2018 es de 431 millones de libras esterlinas).

Las autoridades locales están sometidas a controles legales del grado de adaptación de las viviendas nuevas a las necesidades de las personas con discapacidad, y deben garantizar que se conceda una prioridad razonable en la asignación de viviendas sociales a determinados grupos (como las personas que se mudan a causa de su discapacidad).

En Irlanda del Norte, en el Informe final y plan de acción de 2016 sobre el examen interdepartamental de los servicios de adaptaciones en las viviendas se incluye la recomendación de fortalecer la representación y la participación de las personas con discapacidad en las estructuras de toma de decisiones.

Posteriormente se ha establecido también un foro sobre la discapacidad. El Grupo de Aplicación de la Estrategia recibe el apoyo de otros colectivos, entre los que figuran personas con discapacidad. Además, la Estrategia y el Plan de Acción sobre Discapacidad Física y Sensorial tienen por objeto mejorar los servicios y el apoyo que reciben las personas (independientemente de la edad) con discapacidad física, sensorial, o discapacidades de comunicación. A ese respecto, el artículo 7.4 hace referencia específicamente a los servicios de apoyo a la vida independiente.

En Escocia, el apoyo autónomo permite a las personas con discapacidad, a sus cuidadores y a las familias tomar decisiones informadas sobre la asistencia social que reciben. Las autoridades locales están obligadas legalmente a ofrecer a las personas con derecho a recibir asistencia social varios servicios posibles de asistencia y apoyo, y a velar por que estas personas dispongan de apoyo para adoptar decisiones con conocimiento de causa.

Desde el 2016-2017, Gales aviene aportando más de 124,4 millones de libras esterlinas a ayudar a las personas más vulnerables en cuestiones relacionadas con la vivienda (incluida la vida independiente), y dicho presupuesto ha sido protegido para los sucesivos periodos presupuestarios. El programa, también ofrece una serie de ayudas para que las personas con discapacidad puedan encontrar y mantener una vivienda.

IV

FORMAS COLECTIVAS DE PROVISIÓN Y DE PERSPECTIVA DE LA ASISTENCIA PERSONAL

“La principal conclusión que podemos extraer de Vigilar y Castigar no es que podemos imaginar la institucionalización como una cosa posible gracias a la generalización de las técnicas disciplinarias, sino que podemos imaginarla, como la institución que ofrece a la sociedad moderna su auténtica imagen de inclusión social”.

(Ewald)

La discapacidad que favoreció el surgimiento de este tipo de provisión de apoyo es la discapacidad física de las personas gravemente afectadas en su capacidad motora y sus colectivos de referencia. Este apartado es necesario configurarlo por varias razones:

En primer lugar, la forma colectiva viene determinada en base a la diversidad de discapacidades existentes.

En segundo lugar, porque la provisión significa que la gestión es tenida en cuenta desde el ámbito de la protección social y no desde la relación contractual entre particulares, que también. La base pública proviene del mandato de salvaguardias de la Convención y de las políticas propias del Estado del Bienestar.

En tercer lugar, porque las aportaciones desde los apoyos no son ni unívoca ni única, como no lo son las situaciones, y ello debe ir más allá, trascender a las resoluciones públicas porque dos más dos en discapacidad pueden ser cuatro y algo de cinco o de seis, lo importante es un resultado en derechos y obligaciones para la persona con discapacidad, que trascienda sobre el hermetismo en las actuaciones públicas³⁹⁹.

La nueva perspectiva del Estado Social requiere de otro ejercicio aparte y coadyuvante que no es otro que el determinar cómo conseguir dotar de

³⁹⁹ A nadie se le escapa que la cuando hablamos de personas con discapacidad intelectual, hay un aspecto que genera especial controversia y es el de la toma de decisiones

autonomía a la propia persona con discapacidad mediante los apoyos necesarios para que entienda lo que está sucediendo y sus consecuencias para poder tomar una decisión al respecto⁴⁰⁰.

La provisión de los apoyos supone la implicación en la AP que se concatena a varias salvaguardias, así:

a) Hay que garantizar que las personas participen de las decisiones que les afectan.

b) Para que las personas participen al máximo nivel de la toma de decisiones que les afectan, se ha de trabajar en ello desde la infancia.

c) la toma de decisiones se puede y se debe entrenar d) El acceso a la formación e información, es fundamental.

Toda la articulación de la provisión de apoyos por las AA.PP. es consecuencia de que el movimiento social va a una velocidad mayor que la Administración que se ve necesitada de una marcha más veloz en su prestación de servicios. Quizás por ello, adolezca de muchas eficiencias de forma y contenido. Esta tesis se posiciona como frontispicio de todo ello con la finalidad de dotar de independencia a la vida de las personas con discapacidad y más aún de las que tienen dependencia desde la transdisciplina en la aplicación del derecho y de su protección social.

Varios ejemplos de todo ello son los pasamos a analizar, brevemente, a continuación.

⁴⁰⁰ Así lo marca, como hemos visto, la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad/DF en su artículo 12. El art. 12 de la CIDPD, iguala capacidad jurídica y capacidad de obrar e introduce medidas de apoyo para la toma de decisiones, como alternativa a la sustitución de la persona en la toma de decisiones. Art 12.2 de la Convención: . Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

1. LAS OFICINAS DE VIDA INDEPENDIENTE

Las Oficinas de Vida Independiente (en adelante OVI), han surgido, como se ha mencionado ut supra, en torno a las personas con discapacidad física y movilidad reducida, principalmente. Por su parte, los programas específicos para la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, giran en torno a propuestas específicas según el nivel de autonomía de cada persona a atender.

Con relación a las OVI, tenemos varias experiencias a destacar, entre otras que van surgiendo y seguirán como manifestación una vez más de que el tercer sector rediseña al sector público en muchas ocasiones.

Al referirse a dificultades de movilidad o de necesidad de concurso de tercera persona para las ABVD. La meta es llegar a ser la extensión de la persona allá donde lo necesita, superando las barreras que encuentra en su camino y que posiciona a la persona con movilidad reducida en condiciones de igualdad como el resto de la comunidad. Ser un “alter ego”, en el sentido de ser la persona sobre la que se proyecta la persona con discapacidad.

La influencia en la toma de decisiones no debe producirse bajo ningún concepto. Esto es así, no porque estamos hablando de promoción de la Autonomía, y no de aspectos jurídicamente relacionados con las funciones del puesto de trabajo como en el caso de la sustitución de la voluntad o su complemento en el ámbito civil. La AP trata de una relación contractual donde se determina la ayuda en las ABVD y según criterio de la persona con discapacidad.

También va a ser desarrollado este apartado tras obtener conclusiones de elaboración propia cotejando los ejemplos de las OVI existentes en España⁴⁰¹. Los objetivos de la OVI se pueden focalizar entre otros, en el empoderamiento basado en la formación en derechos; en el apoyo entre iguales; el desarrollo de proyectos de autogestión de asistencia personal; en trabajar con y para el colectivo, transformándolo y potenciando servicios no excluyentes ni institucionalizados;

En definitiva, formalizar la coherencia del tercer sector con el nuevo paradigma social de la discapacidad al que, añadimos el de la necesidad del

⁴⁰¹ Principalmente, La OVI de la Diputación Foral de Guipúzcoa; La OVI del Ayuntamiento de Barcelona; La OVI de la Comunidad de Madrid.

cambio del Sistema (sino su mutación total como hemos comentado en otras ocasiones).

Entre sus fortalezas, destaca la OVI, por contar con la voluntad de las partes con un asesoramiento oportuno y especializado, además de tener en cuenta la posible existencia de una bolsa de profesionales formados e informados principal ventaja es al funcionar como organización ya que puede insertar dentro de su estructura a profesionales con esa finalidad gestora. Junto a ello, sigue manteniendo cierta inmediatez y relación directa, ya que la autogestión hace que la propia persona interesada, sea en última instancia la que marque sus directrices. Una de las vías de acceso a la asistencia personal se ha conseguido a través de oficinas de vida independiente distribuidas por diferentes comunidades autónomas.

A continuación, vamos a nombrar algunos ejemplos en nuestro país.

1.1. LA OVI DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA

El País Vasco es, sin duda, el actual referente de la asistencia personal en España. Basta con recordar los datos de beneficiarios de la prestación de asistencia personal de la Ley de Dependencia para comprobar que hay un mayor compromiso en esta línea: de los 3.488 beneficiarios que hay en todo el Estado, 3.058 son del País Vasco.

El origen de este compromiso se sitúa antes de la Ley de Dependencia, en 2004, año en el que la Diputación Foral de Guipúzcoa puso en marcha un programa de OVI, que se mantuvo tras la LAAD ofertando una cantidad complementaria a la de la Ley.

La cobertura, a diferencia de lo que ocurre en los demás lugares, no se condiciona a que la persona beneficiaria esté desarrollando actividades dentro del ámbito educativo y/o laboral, sino que Guipúzcoa lo extiende a los casos en que la finalidad de la asistencia personal es facilitar una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Esto es un dato muy relevante en orden a la generalización de la cobertura a las personas de edad avanzada. Así, en el País Vasco, las personas beneficiarias de la prestación de asistencia personal de la Ley 39/2006 están por encima de los 65 años, siendo el grueso de 75 años y más²⁴.

Se entiende que, si la persona no tiene la capacidad, será la familia quien gestiona para contratar a terceros como asistentes personales para prestar apoyo

a los mayores en situación de dependencia, y favorecer su estancia en el domicilio y la comunidad⁴⁰².

1.2. LA OVI DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Se creó en el año 2006 y es un programa de la Comunidad de Madrid, gestionado por la asociación Aspaym (grandes lesionados medulares) y cofinanciado con el Fondo Social Europeo⁴⁰³.

La Oficina, es un servicio de prestación de horas de asistencia personal, dirigido a personas con discapacidad física severa que realicen una vida activa ligada a la formación o al empleo.

El servicio está cofinanciado al 50% por el Fondo Social Europeo y está basado en Planes Individuales de Vida Independiente (PIVI). Estos planes establecen las necesidades de apoyo en función de las actividades diarias de cada persona. el Programa de “Fomento de la vida Independiente y la calidad de vida”, el cual enmarca la OVI de Madrid (2013-2015). La continuidad del proyecto se centra ahora en la Estrategia Madrileña de Atención a Personas con Discapacidad (2018-2022).

1.3. LA OVI DE BARCELONA

Según definen en su página web, es una entidad sin ánimo de lucro dirigida y gestionada por personas con diversidad funcional y necesidad de asistencia personal vinculadas al Movimiento de Vida Independiente. En una entrevista a uno de sus participantes comenta que nace también en 2006 con 9 participantes, se convirtió en programa y se sumaron dos entidades: Ecom y Peret Mijans.

La OVI más centrada en la autogestión y las otras dos organizaciones más en un modelo de cogestión⁴⁰⁴. Mi participación activa como técnico en esta experiencia, ha sido muy gratificante y estoy agradecida por ser parte activa del diálogo civil propuesto desde el Ayuntamiento. Este proyecto, reúne ciertos requisitos indispensables para promover la independencia de sus participantes:

⁴⁰²Ararteko (2011): La aplicación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia en la CAPV. Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco. Disponible en: <http://www.ararteko.net>, p.. 104-227

⁴⁰³ <https://www.aspaymmadrid.org/oficina-de-vida-independiente-ovi/>

⁴⁰⁴<https://ovibcn.org/>

- Asistencia gratuita y personalizada: las horas de asistencia personal se corresponden con las necesidades, preferencias y condiciones de vida reales de cada persona. Dicha asistencia es considerada un derecho básico y gratuito.

- Autogestión: las personas con diversidad funcional tienen libertad de elección para determinar el grado de control que ejercen sobre su propia asistencia, desde quien va a trabajar de asistente personal, su formación, el contenido de dicha asistencia, el cómo y dónde tendrá lugar y la libertad para despedir, en caso de que sea necesario.

- Presupuesto individual: el presupuesto es anual y personalizado en función de las necesidades particulares. La persona con diversidad funcional delega su presupuesto a la OVI, pero a efectos reales es ella la responsable de gestionarlo.

- Formación basada en el apoyo entre iguales: Se reconoce el valor de la experiencia propia de convivir diariamente con diversidad funcional y necesidad de asistencia, se forman mutuamente para aprender a ser buenos empleadores, formadores y autogestores de sus propios asistentes personales.

1.4. LA OVI DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

Nace en el año 2010, en su página web abogan por la autogestión, ayuda mutua y pleno control de las personas con diversidad funcional o discapacidad. Los servicios que prestan son de información, asesoramiento, gestión y contratación de asistencia personal⁴⁰⁵.

1.5. LA OVI DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Nace en 2015 con una subvención de la junta de Andalucía, es interrumpido y vuelve a reanudarse en agosto de 2016 con el mismo tipo de financiación. El programa ofrece sus servicios de asistencia personal y apoyo entre iguales a siete personas con discapacidad física y también intelectual; aspecto destacable, al ser la primera oficina de vida independiente que presta asistencia personal a este colectivo. Además, también hacen mucho hincapié en el apoyo entre iguales, asesoramiento y difusión de la filosofía de vida independiente⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ <https://viandalucia.org/>

⁴⁰⁶ <https://viandalucia.org/>

1.6. LA OVI DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA

Con el nombre de Vicoval, nace esta organización en Valencia en el año 2012. Sus objetivos son la promoción de la vida independiente de las personas con discapacidad, supervisar el cumplimiento de la convención de derechos humanos de personas con discapacidad y promover alternativas a la institucionalización, a veces obligatoria, del colectivo. Cada persona contrata su asistencia personal y acuden a la organización en caso de necesitarlo⁴⁰⁷.

1.7. LA OVI DE ZARAGOZA

Una asociación creada en 2009 con el fin de promover la filosofía de vida independiente, promover la autonomía, autogestión y toma de decisiones de las personas con discapacidad (<https://zavizgz.wordpress.com/>).

1.8. LA OVI DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Organización con objetivos muy similares a las anteriores organizaciones: promoción del derecho a la asistencia personal y la filosofía de vida independiente. En torno a ellas y con el carácter de sinergias en el colectivo, se ha creado la Federación OVI⁴⁰⁸

2. OTRAS EXPERIENCIAS DE VIDA INDEPENDIENTE

Tanto los programas como las experiencias en las viviendas, lo que van a poner de manifiesto es el gran contenido de proyectos vivos del tercer sector y que portaban en sus mochilas cuando o desde que la Convención y sus exigencias llegó a nuestras vidas. Al concebirse como grupos reducidos de personas, se crea un sentimiento de pertenencia al mismo, identificando la vivienda tutelada como su casa y sintiendo el bienestar personal y calor de un hogar normalizado.

La dinámica diaria de la vivienda es semejante a la de cualquier piso compartido, donde, tras llegar del trabajo o curso de formación, se inicia la vida en el hogar. La mayoría de los residentes acuden a centros ocupacionales, centros especiales de empleo o a empleos normalizados y otros van a cursos formativos en el entorno de Fundaciones Tutelares, por ejemplo, donde la organización del hogar es fundamental para su buen funcionamiento.

⁴⁰⁷ <http://vicoval.org/>

⁴⁰⁸ <https://federacionvi.org/contenido/oficinas-de-vida-independiente/>.

Hay unas condiciones de limpieza y salubridad que mantener, unas comidas que elaborar, una compra que realizar, etc. Para ello el grupo que compone la vivienda se organiza en parejas, distribuyéndose las tareas. Además, disfrutan de sus ratos de ocio, asisten a actividades formativas y aprovechan los recursos de la zona: clases de salsa, escuela de adultos, centros deportivos o bibliotecas.

2.1. EL PROGRAMA DE AUTOGESTORES

Principalmente destinado a personas con discapacidad intelectual o del desarrollo con la finalidad de que vayan tomando el control de pequeñas actividades de la vida diaria cuando van creciendo y teniendo relaciones sociales más allá del ámbito familiar. Hablamos, por tanto, de una discapacidad leve o moderada en este sentido y que permite una cierta independencia de la persona, siendo necesario prepararla para ello.

Los autogestores, son personas adultas con discapacidad intelectual o del desarrollo que se organizan en grupos para defender sus derechos y los del colectivo, ser autónomos, aprender a representarse a sí mismos. Los autogestores cuentan con personas de apoyo, las cuales les ayudan y acompañan en este aprendizaje que van desde el manejo del denominado “dinero de bolsillo”, hasta la creación de una red que podemos denominar de “apoyos naturales” para que las personas sepan a quien acudir en caso de necesitar ayuda y que no van a ser engañados por ellas. Así, se facilita la exposición de problemas y la resolución de los mismos, sobre todo, ante la discapacidad intelectual y del desarrollo.

Por un lado, se persigue la tranquilidad para la familia de que se les está preparando a sus hijos para vivir con mayor soltura y cuidado en la sociedad para cuando salgan de casa con su grupo de amigos.

2.2. LAS VIVIENDAS COMPARTIDAS Y LAS VIVIENDAS TUTELADAS

Se trata de recursos de menor supervisión (atención profesional es reducida, con carácter de supervisión de lunes a domingo en jornada diurna) donde los usuarios residentes deben tener adquiridas ciertas habilidades sociales e instrumentales previas al ingreso, que le capaciten suficientemente para un modelo de vida que requiere de mayores grados de autonomía, la autodeterminación, la autoayuda, la participación en todos los ámbitos de la vida (social, política, económica y cultural) y la eliminación de las barreras físicas y sociales de su entorno.

Si bien la autonomía es un objetivo que trabajar, se requieren unos niveles adecuados de base que capaciten a la persona usuaria poder acceder a este tipo de recursos ya que las condiciones que otorgan a la persona con discapacidad en general y a la persona con discapacidad intelectual en particular, es de un rol activo y participativo dentro de la comunidad. Todo ello sin perder nunca la perspectiva de que estos jóvenes, tienen en las viviendas su hogar y por tanto deben ser contexto de cariño, cercanía y confianza tanto entre ellos como con los profesionales que los atienden.

Por último, no debemos olvidar que su fundamento se encuentra en la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, en concreto, en el artículo 148 de la Constitución Española es competencia de cada Comunidad Autónoma y ha sido efectivamente incluida en todos los Estatutos de Autonomía. Por lo tanto, entre las diferentes configuraciones territoriales pueden existir mosaicos variados de formas de ejecución, pero por lo que concierne al objeto de instrumento hacia la consecución del derecho a vivir de forma independiente, contemplamos las siguientes.

2.2.1. En Andalucía

Diversas son las entidades con la que contamos en nuestro territorio. Según el registro de entidades públicas servicios y centros de servicios sociales, hay más de 60 viviendas tuteladas⁴⁰⁹.

La Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía establece en su art. 38 algunos parámetros para la configuración de la Asistencia personal: “1. Se reconoce el derecho de las personas con discapacidad en situación de dependencia a la asistencia personal para llevar una vida independiente incluida en la comunidad y en igualdad de oportunidades con el resto de la población. 2. Para garantizar el ejercicio de este derecho se regularán las condiciones autonómicas de acceso a la prestación de asistencia personal prevista en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. 3. La Consejería competente en materia de servicios sociales promoverá el desarrollo de programas de servicios de asistencia personal”.

Por su parte el art. 39 concreta el tema de este apartado sobre las Viviendas para la promoción de la autonomía personal al exponer que “ 1. En el ámbito de actuación de los servicios sociales especializados, La Consejería competente en

⁴⁰⁹

https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/viviendas_tuteladas_para_personas_con_discapacidad_enero_2018.pdf

materia de servicios sociales, en colaboración con las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, promoverá la prestación de un servicio de unidades de alojamiento y convivencia en viviendas normalizadas tales como las viviendas tuteladas, de alojamiento permanente de personas con discapacidad; compartidas, en las que pueden convivir de forma temporal personas con y sin discapacidad; o de otro tipo de apoyo a la vida independiente, que tendrá por objetivo fomentar la autonomía personal de las personas con discapacidad, así como favorecer su inclusión social. 2. Reglamentariamente se desarrollarán los requisitos y condiciones de acceso a estas viviendas”.

2.2.1.1. Viviendas Tuteladas Paz y Bien

La Asociación Paz y Bien atiende a 182 personas con discapacidad intelectual en sus servicios residenciales concertados con la Junta de Andalucía: Residencias de Adultos, Gravemente Afectados y Trastorno de Conducta y - desde 2002- la Red de Viviendas Tuteladas. Esta última está compuesta por seis viviendas que suman 38 plazas -30 concertadas, en Sevilla, y 8 privadas, en Tomares-.

Las viviendas tuteladas son pequeñas unidades de alojamiento y convivencia ubicadas en edificios o zonas de viviendas normalizadas. Pisos o casas dotadas de los recursos materiales necesarios para asegurar la comodidad de las personas que los habitan y situados en barrios que disponen de los recursos comunitarios básicos.

Cada Vivienda Tutelada alberga un total de 6 personas. El contexto en el que se desenvuelve el día a día de estos centros favorece el desarrollo de la convivencia, la resolución de conflictos, el asesoramiento personal y el desarrollo de habilidades sociales y del hogar que fomentan su autonomía personal.

“En Paz y Bien consideramos las viviendas tuteladas como un recurso más, un ‘trampolín’ hacia la independencia y normalización de las personas con discapacidad intelectual. Un total de 61 personas han pasado por estos recursos, y hoy día no están institucionalizadas, viven en su mayoría de manera independiente, compartiendo su vida con sus parejas, compañeros de pisos e incluso han formado una familia”⁴¹⁰.

2.2.1.2. Viviendas tuteladas en Asociación de parálisis cerebral. Aspace

Residencia gravemente afectados por discapacidad física y/o parálisis cerebral. Destinada a atender, en régimen de internado, a personas con una

⁴¹⁰María del Mar Santoyo. Coordinadora de las Viviendas Tuteladas Paz y Bien.

discapacidad tan grave que precisen de la ayuda de otra persona para la realización de las actividades de la vida diaria y no pueden ser asistidos en su medio familiar.

La finalidad principal de las distintas Residencias de personas gravemente afectadas es ofrecer al colectivo de afectados de Parálisis Cerebral, la oportunidad de contar con un espacio óptimo, integrado y normalizado de relación con su medio más cercano y en el cual desarrollar y potenciar aptitudes, habilidades etc. que les hagan ser más autónomos e independientes. Incluso con estas situaciones, el sentirse independientes es también posible porque es encontrar un sentido a la vida más allá de las paredes.

2.2.1.3. Viviendas tuteladas en Fundación Prode

Ha puesto en marcha el 'Programa contigo', que tiene como objetivos fomentar las relaciones interpersonales y prestar apoyo emocional a todas las personas con discapacidad, cubriendo sus necesidades afectivas y permitiendo que cada persona se sienta escuchada de manera individual. Para ello, las personas con discapacidad (amigo) tienen asignado un compañero (trabajador que de forma voluntaria quiera participar en el programa). Entre el amigo y el compañero se establece una estrecha relación por medio de reuniones periódicas, acompañamientos, etc.

Para facilitar instrucciones cotidianas, en las viviendas tuteladas se han colocado pictogramas para favorecer que las personas con discapacidad tengan accesible la información más relevante en su vida diaria, para hacer entendibles las actividades básicas cotidianas y para señalar los diferentes lugares y estancias.

Este tipo de viviendas posibilitan a sus residentes adquirir experiencias de vida acordes y apropiadas a la edad, nivel de funcionamiento y necesidades de aprendizaje de las personas usuarias del servicio y promueven la convivencia, solidaridad y ayuda mutua entre ellas, así como la participación en la vida social y comunitaria, posibilitando la inclusión⁴¹¹.

2.2.1.4. Viviendas tuteladas de la Fundación Andaluza para la Integración Social de las personas con Enfermedad Mental. Faisem.

⁴¹¹Las viviendas para personas con discapacidad gestionadas por PRODE en la provincia de Córdoba han logrado la certificación de calidad que otorga la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales a través de la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía (ACSA), siguiendo el Manual de Estándares de Servicios Residenciales.

La disponibilidad de una vivienda, individual o compartida, sirve de núcleo para ordenar otros aspectos relevantes para la vida en su dimensión personal y social, como son la manutención, los cuidados personales básicos, la organización de la vida cotidiana y el establecimiento y desarrollo de relaciones interpersonales significativas. La vivienda, entendida en ese sentido amplio, funcionando así, como un soporte básico para la ciudadanía y la integración social de personas con este tipo de dificultades, especialmente en sistemas comunitarios de atención, que rechazan la reclusión de por vida en instituciones asilares de quienes tienen dificultades para organizar por sus propios medios este importante aspecto de la vida⁴¹².

A este respecto FAISEM cuenta con un programa residencial que permite atender las necesidades de alojamiento de un número importante de personas con discapacidades derivadas de padecer este tipo de trastornos. Discapacidades que tienen, como todas, grados variables (desde las ligeras a las más intensas) pero son bastante diferentes de las de los restantes sectores afectados por discapacidad y dependencia: personas mayores o discapacidades físicas e intelectuales. Así aun cuando afectan al desarrollo de habilidades básicas y especialmente instrumentales para la vida diaria, no están ligadas a impedimentos físicos ni cognitivos (que introduzcan por ejemplo requisitos especiales en el diseño arquitectónico de las estructuras residenciales) sino a dificultades para organizar por si mismos aspectos básicos de la vida cotidiana o a establecer y mantener relaciones sociales, aspectos que son por tanto los que el programa trata de apoyar en sus estructuras e intervenciones.

Para ello el programa se organiza en tres tipos básicos de actuación, con grados de apoyo que se corresponden con la magnitud e intensidad de las dificultades que las personas con Trastornos Mentales Graves pueden encontrar en esta área:

- a) Casas Hogar, estructuras residenciales específicas, con capacidad para alojar a no más de 20 personas con menores niveles de autonomía para organizar su vida cotidiana y, por tanto, con cobertura de personal de apoyo durante las 24 horas del día.
- b) Viviendas supervisadas, concebidas como una vivienda “normal” en la que conviven menos de 10 personas (habitualmente entre 3 y 5), con niveles intermedios de autonomía y por tanto sin presencia de personal

⁴¹² Documento de trabajo nº 1 Plan de Calidad 2006-2010. memoria actividades 2017 FAISEM. Muchas personas con lo que denominamos Trastornos Mentales Graves tienen dificultades para organizar, por si mismos o con la ayuda de sus familias, aspectos importantes de su vida cotidiana. Aspectos que en gran medida se articulan en torno al alojamiento y justifican el desarrollo de programas residenciales que ayuden a vencer o a compensar esas dificultades.

durante las 24 horas del día, sino con apoyo variable adaptado a las necesidades concretas de cada vivienda y cada persona.

- c) Atención domiciliaria, apoyando en la propia vivienda individual o familiar a personas que pueden mantenerse en ella, pero precisan apoyos puntuales, habitualmente durante un tiempo limitado, y que no precisan un alojamiento específico ni pueden ser atendidas por los servicios generales de Ayuda a domicilio⁴¹³.

Al igual que en el conjunto de los programas de apoyo social desarrollados por FAISEM, el acceso a cualquiera de estas modalidades de atención residencial está sujeto a una indicación sanitaria, desde los servicios de Salud Mental del Sistema Sanitario Público andaluz que, de acuerdo con el Proceso Asistencial Trastorno Mental Grave, deben determinar su necesidad y su articulación con el resto de las intervenciones sanitarias que la persona va a seguir recibiendo, ya que FAISEM no cuenta con personal sanitario.

Para el caso de que la persona esté incluida en la cobertura del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia como es el caso del acceso a una Casa Hogar y la mayoría de las Viviendas supervisadas, con la tramitación del correspondiente proceso (Valoración y elaboración del Plan Individual de Atención).

El acceso se formaliza finalmente en Comisiones Provinciales de Coordinación que incluyen responsables de los servicios de Salud Mental, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia y de la propia FAISEM.

¿Cuáles son los criterios para el acceso a estos recursos? Como criterios para el acceso se tienen en cuenta:

- La necesidad de apoyo en el área residencial, derivada de padecer un Trastorno Mental Grave y no abordable desde otros programas generales de Servicios Sociales.
- Estar, la persona con discapacidad, valorada razonadamente desde los Servicios de Salud Mental y en su caso reconocida desde el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia y aceptada por la persona.
- Se dirige a personas con discapacidades derivadas de padecer lo que técnicamente conocemos como Trastorno Mental Grave ⁴¹⁴.

⁴¹³ En cualquiera de estas modalidades la atención responde a un enfoque personalizado, articulado en Programas Individuales de Atención Residencial.

⁴¹⁴ Este tipo de discapacidades que se diferencian, como ya se ha mencionado, de otros tipos de discapacidad y dependencia.

- También de los episodios agudos de sintomatología activa que algunas de dichas personas pueden presentar y que suelen identificarse erróneamente con el calificativo de “grave”.

Las personas son atendidas en el programa por sus dificultades de organización de la vida cotidiana y no por sus síntomas, cuya atención se realiza en el sistema sanitario público, que cuenta para ello con distintas estructuras y equipos profesionales incluyendo los necesarios para la hospitalización de corta o larga estancia en los pocos casos en que ello pudiera ser necesario.

Y otro es que, al tratarse de estructuras de residencia, donde la persona vive dentro de la comunidad, implican un grado mínimo de voluntariedad ya que si alguien no quiere vivir en ellas o debe ser convencido de su conveniencia (familia, personal sanitario y personal del programa) o adecuadamente tratado si la negativa deriva de su sintomatología ⁴¹⁵.

En conjunto el programa, que representa lógicamente una parte mayoritaria de la estructura financiera y de personal de FAISEM, asegura la vida en la comunidad de un número ya muy importante de personas con Trastornos Mentales Graves, con cifras que empiezan a ser comparables con las de algunos otros países europeos.

Como proyecto destacamos que, a fecha de julio de 2021, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha tomado conocimiento del informe elaborado por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación sobre los proyectos que se van a desarrollar con cargo a los fondos europeos Next Generation para la recuperación económica y social tras la pandemia. La partida de 450 millones de euros destinada a Andalucía hasta 2023 supondrá la completa transformación de los servicios sociales en la región al permitir, entre otros elementos, la implantación de nuevos complejos de atención a las personas mayores y con discapacidad.

La Consejería encargada de los derechos sociales, se plantea la disponibilidad de estos fondos como una gran oportunidad de transformación de los servicios sociales, de manera que sea posible y realizable un nuevo modelo de atención, en el que la persona ocupe el centro de toda intervención y que dé una respuesta ágil, eficaz y eficiente a las necesidades de las personas más vulnerables: infancia y adolescencia, personas en situación de dependencia y personas con discapacidad.

⁴¹⁵ <https://www.faisem.es/programas/residencial/>

Esta apuesta por un cambio estructural queda plasmada en comunidades de servicios sociales enfocadas a las personas mayores y con discapacidad. En concreto, se trata de un complejo residencial y de servicios que fomenta la autonomía y la convivencia intergeneracional al incluir apartamentos para personas mayores y para personas con discapacidad en los que puedan vivir con sus familias; viviendas colaborativas para mayores y universitarios, o residencias para las personas que necesiten un cuidado más específico. En este caso, tendrán un enfoque más humano con pequeñas unidades de convivencia de entre 12 y 16 personas. Además de la solución habitacional, el complejo incluirá también servicios asistenciales como centros de día, de participación activa, de educación infantil, bibliotecas, cafeterías, huertos, piscinas o espacios deportivos.

La Consejería, tiene ya proyectados los dos primeros complejos de este tipo destinados a personas mayores y con discapacidad. Uno en el que convivirán unas 400 personas y otro para 120, aunque al incluir servicios como los centros de día o CPA se dará cobertura a unas 2.000 personas. El planteamiento del proyecto desarrolla el modelo más próximo a la desinstitucionalización, conocido como AICP: Atención integral centrada en las personas, que supone una mejora de la calidad de vida y el bienestar de la persona, partiendo del respeto pleno a su dignidad y derechos, de sus intereses y preferencias y contando con su participación efectiva. Así, de esta manera las personas que lo necesiten podrán contar con los diferentes recursos a lo largo de su vida en función de la evolución de su grado de dependencia con el objetivo de que los recursos ubicados en el mismo complejo se adapten a las personas, y no al revés⁴¹⁶.

La dimensión que alcanza la gestión de estos fondos supone un gran reto para la Consejería, no solamente por su carácter estructural, sino también por la dificultad práctica que se añade al haberse negado por parte del Gobierno de España, por indicación de la Comisión Europea, la financiación con cargo a los Fondos de la asistencia técnica necesaria para desarrollar los proyectos. Una decisión que ha obligado a dotar ésta con recursos económicos, humanos y materiales propios de la Consejería de Igualdad⁴¹⁷.

⁴¹⁶ 450 millones hasta 2023: Según el reparto establecido por el Consejo territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia, la Consejería de Igualdad dispondrá de 449.872.227 euros: 124.968.307 euros para 2021; 153.901.857 euros para 2022 y 171.002.063 euros para el año 2023.

⁴¹⁷

⁴¹⁷

<https://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/social/163070/ConsejeriaIgualdadPolitic>

Los proyectos, se articulan en torno a cuatro ejes estratégicos:

1º.- El primero de ellos será 'Andalucía más cercana', dotado con 323 millones de euros y que, junto a los complejos de servicios sociales ya referidos, apuesta por un nuevo modelo de atención para los cuidados de larga duración. Se trata de un modelo progresivo de intervención, en el que se prioriza mantener a la persona en su domicilio y que abarca desde el fomento de la autonomía y prevención de la dependencia, a la atención domiciliaria y centros de día y, finalmente, la asistencia residencial.

Asimismo, incluye la creación de centros de cuidados intermedios, que garantizarán la continuidad asistencial a los andaluces y, con la intervención adecuada, evitarán que las personas con patología potencialmente cronificable acaben en situación de dependencia. El objetivo último de estas actuaciones es el retraso de la institucionalización de las personas en situación de dependencia, haciendo de los hogares lugares más seguros y potenciando los servicios de Teleasistencia y de ayuda a domicilio, así como creando sinergias entre ellos.

2º.- La segunda línea de actuación se ha denominado 'Andalucía más infancia', y está dotado con 21,7 millones de euros para posibilitar un nuevo modelo de atención a la infancia y adolescencia en el que los derechos de los menores se sitúen en el centro de la intervención. Además, se apuesta definitivamente por el acogimiento familiar como medida de protección más adecuada, como ya recoge el texto de la nueva Ley de Infancia y Adolescencia. Para ello se contemplan tres líneas de actuación: renovación de las infraestructuras de atención a infancia y adolescencia, fomento del acogimiento familiar y apoyo a las familias acogedoras y fortalecimiento de los servicios de atención a la infancia.

3º.- El eje 'Andalucía más accesible', para el que se destinan 17,5 millones de euros, se plantea el reto de fomentar la accesibilidad universal en todos los ámbitos donde existan barreras que impidan la participación plena de todas las personas en condiciones de igualdad. Así, se contemplan acciones que garanticen entornos accesibles, de manera especial en los de titularidad pública, fomentando la inclusión real de las personas con discapacidad, y observando actuaciones no solo dirigidas a la accesibilidad física, sino también a la cognitiva, facilitando la lectura en lenguaje fácil.

4º.- Por último, se plantea un eje de carácter transversal, que se ha denominado 'Andalucía más social', dotado de 84 millones de euros. Este bloque busca una transformación tecnológica de los servicios sociales con la introducción de las nuevas tecnologías que permita mejorar la eficacia y la

calidad en la atención, la coordinación, el intercambio de información y la prestación de servicios, así como crear una Administración más rápida y ágil.

Las líneas de actuación que se contemplan en este eje consisten en digitalización y automatización de procesos, aplicación de la Inteligencia Artificial y tecnología Big Data para el desarrollo de modelos de evaluación de políticas públicas o modelos predictivos aplicables a diferentes ámbitos (población potencialmente dependiente, servicio de inspección de servicios sociales, etc.), así como el pilotaje de actuaciones innovadoras.

Entidades locales y Tercer Sector se puede concluir que son los protagonistas, ya que uno de los requisitos impuestos por el Ministerio para la aprobación de los proyectos era garantizar la participación de las entidades locales. No obstante, la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales entiende que para llevar a cabo las actuaciones previstas de una manera más eficaz es necesario contar con la participación no solamente de las entidades locales, sino también de las entidades del Tercer Sector de Andalucía, poniendo de manifiesto su apuesta por la participación como un valor fundamental en este nuevo modelo de atención social.

De esta forma, Ayuntamientos y Diputaciones gestionarán el 20,25% de esos fondos, ya sea directamente o de forma compartida con la comunidad autónoma, mientras que el 17% corresponderán a las entidades sociales y entidades prestadoras de servicios. Tanto entidades locales, a través de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, como entidades sociales, a través de la Mesa del Tercer Sector, no se han limitado a la mera ejecución de las actuaciones, sino que han participado de forma activa en todo el proceso de definición de las actuaciones subvencionables.

El informe constata la actitud proactiva de la Consejería en el desarrollo de las diferentes actuaciones necesarias para que Andalucía pudiera beneficiarse de esos fondos. Así, se ha seguido una metodología de diálogo constante con el Ministerio de Derechos Sociales para alcanzar una definición de los proyectos, objetivos e hitos, que conlleve los necesarios cambios estructurales en los servicios sociales de Andalucía. Esta tarea culminará con la firma del convenio entre el Ministerio y la Consejería para la ejecución de los proyectos.

Es necesario destacar la labor ingente de la UGR y su compromiso con la discapacidad de manera estructural y pública. Por un lado y centrándonos en el tema que nos ocupa, destacamos que la Asociación Asperger Granada en colaboración con Ayuntamiento de Granada, Diputación y U.G.R. tiene un proyecto de inclusión social y de vida independiente para chicos con Síndrome

Asperger, ya en su cuarta edición. Consistente en convivir en un piso junto a tres personas con S.A.

El alumnado que colabore debe realizar las siguientes actividades: i) labores de supervisión, control y apoyo. En este sentido, la responsabilidad es la del compromiso de vivir con ellos durante el curso. ii) Participación de la dinámica propia de la vida en comunidad. iii) Tener compañerismo con ellos el día a día.

El alumnado, durante esta experiencia, no tiene que pagar alquiler, Asumiendo los gastos propios de comida y personales que necesite. Al finalizar el programa, se le certificará la actividad realizada de cara a su curriculum profesional.

En definitiva, se trata de un doble enriquecimiento, por un lado, concienciar al alumnado universitario por medio de una experiencia que, sin este programa, probablemente no se produciría. Por otro, poder responder desde el ámbito público y de manera transcompetencial a diseñar y realizar acciones encaminadas a promover en el territorio, la vida independiente y autónoma de jóvenes con discapacidad.

La inclusión como parte integrada de la Universidad lleva aparejada la realización de todo un equipo de profesores y alumnado comprometido con el colectivo. Prueba de ello son los posgrados existentes de diversas especialidades.

3.4. EL EMPLEO CON APOYO⁴¹⁸

Es interesante destacar también la importancia que tiene para estas personas la consecución de un empleo normalizado. Obtener recursos económicos y alcanzar la madurez y autonomía personal son los medios necesarios para lograr la independencia. En este sentido, se trata de poner al servicio de la persona su amplia experiencia en el área laboral, proporcionando la formación dentro de sus centros ocupacionales, la especialización en los centros especiales de empleo y dotando a las personas de herramientas para la búsqueda de empleo normalizado.

Con la finalidad de la inclusión laboral de las personas con discapacidad, las necesidades de las empresas y las labores de las organizaciones del tercer sector, los orientadores laborales y personal técnico de acompañamiento a la inserción, se desbordan en programas europeos con objetivos a corto y medio plazo que propine soluciones a cada persona y a cada organización.
Breve historia del Empleo con Apoyo.

Como sistema de apoyo estructurado, el Empleo con Apoyo nace a finales de los 70 en Estados Unidos con autores como Paul Wehman (1981), Frank Rusch (1986), David Mank (1986) que demostraron que muchas de las personas rechazadas por los centros especiales de trabajo -consideradas no aptas para una ocupación competitiva- podían hacer trabajo si se les daba el apoyo que cada uno de ellos necesitaba. Poco a poco, combinando la teoría y la práctica, se fue configurando el Empleo con Apoyo como un sistema eficaz de acompañamiento en la inserción laboral, que hacía posible la participación en la sociedad de los ciudadanos con discapacidades significativas, sin que su nivel requerido de apoyo fuera causa de exclusión para nadie. Al principio esta metodología se empezó a experimentar en algunas universidades estadounidenses y supuso un cambio substancial en la concepción de los servicios de atención y/o rehabilitación de las personas con discapacidades severas, extendiéndose posteriormente a otros países y a otros tipos de discapacidad.

En palabras de la Organización Española del Empleo con apoyo⁴¹⁹, El Empleo con Apoyo consiste en un conjunto de servicios y acciones centradas en la persona, fundamentalmente individualizadas, para que la persona con discapacidad y con especiales dificultades pueda acceder, mantenerse y

⁴¹⁸ Desarrollo del contenido basado en la experiencia profesional de la doctoranda durante más de 15 años de trayectoria profesional en este ámbito.

⁴¹⁹ <http://www.empleoconapoyo.org/aese/article15.html>. Visitada el 13 de julio de 2021

promocionarse en una empresa ordinaria en el mercado de trabajo abierto, con el apoyo de profesionales y otros tipos de apoyos.

Entendemos por personas con especiales dificultades, aquellas que necesitan de un apoyo continuado, puntual o intermitente en el desarrollo de su actividad laboral, siendo la intensidad y duración de estos servicios la necesaria para el mantenimiento del lugar de trabajo y asegurando, un seguimiento que garantice la continuidad y promoción del trabajador.

Podemos concretar como objetivos, entre otros, los siguientes:

-Conseguir para la persona con discapacidad un lugar de trabajo integrado en el mercado ordinario.

-Promover la inserción social de las personas con discapacidad a través de la realización de un trabajo, como medio para la incorporación plena del individuo en la comunidad.

-Mejorar la calidad de vida y la independencia y autonomía de las personas con discapacidad.

-Posibilitar la promoción personal y laboral de las personas con discapacidad en la comunidad y la empresa.

El Empleo con Apoyo se fundamenta en un sistema de apoyo individualizado, consistente en la provisión de la ayuda imprescindible proporcionada a la persona para que pueda desarrollar por ella misma una actividad laboral, en un momento determinado de su trayectoria vital. EN cuanto a las Acciones, el Empleo con Apoyo facilita el proceso de inserción laboral con las siguientes acciones:

Difusión del programa en un sentido amplio por tal de dar a conocer el Empleo con Apoyo y facilitar el acceso a las personas con discapacidad⁴²⁰. Junto a ello destacan otra serie de actividades como son: i) La labor de prospección de lugares de trabajo a través de la difusión del programa al mundo empresarial unido a la atención individualizada durante todo el proceso, partiendo de un plan personal de trabajo que se fundamenta en la presa de decisiones por parte de la persona con discapacidad. ii) La Orientación y el asesoramiento laboral y/o personal a la persona con discapacidad y, si es el caso, a su familia. iii) La asesoría técnica y legal a los diferentes agentes de la entidad empleadora, en temas relacionados con tipos de contratos, ayudas a la contratación y otros aspectos administrativos, así como espaldarazo en aspectos de tipo relacional hacia la persona con discapacidad. iv) El acompañamiento y entrenamiento en el mismo puesto de trabajo, así como en otras situaciones naturales consideradas en el plan personal de trabajo. v) El asesoramiento en adaptaciones del lugar de trabajo y ayudas ergonómicas. vi) La búsqueda de apoyos naturales del entorno laboral y social, para la consecución y mantenimiento de los objetivos de inserción.

⁴²⁰ Red Pública de Orientación, población general, entidades educativas, empresas, servicios sociales, agentes sociales, etc.

Como fases de la Inclusión laboral se pueden distinguir las siguientes que, a su vez, pueden incluir una o más de las acciones anteriores que van desde la Preparación para la incorporación al mercado laboral, la búsqueda de trabajo personalizado y búsqueda activa de trabajo, la adaptación y entrenamiento en el puesto de trabajo

Enlazando este tema con el anterior, tenemos que, en el caso de la Fundación paz y bien, por ejemplo y en los últimos años, un alto porcentaje de las personas usuarias de las viviendas tuteladas han realizado prácticas profesionales (sobre el 40%)⁴²¹, atención directa, que va prestando los apoyos necesarios a cada persona en función de su autonomía y conocimiento. Dichos apoyos son más o menos intermitentes, según sea necesario, y se van retirando cuando la persona va adquiriendo las habilidades que permiten la realización de la actividad por ellos mismos⁴²². No cabe duda de que la A.P. si se facilitara como recurso con todos estos cimientos, generaría un tejido en red de recursos para las personas y sus necesidades como beneficiaria del servicio. Para la persona que presta asistencia, sería un establecimiento de “leyes de bases” para la calidad en la ejecución del apoyo. Es por ello, que el planteamiento de esta tesis sobre el hecho de que la asistencia se lleve a cabo por una persona que sea un trabajador siempre, se ve reforzado como hipótesis de trabajo, ya que es antes del encuentro entre las partes, cuando se produce por el marco de referencia de la actuación integral que supone la figura aquí estudiada.

3. UNA VISIÓN SECTORIAL Y TRANSDISCIPLINAR DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Tal y como queda reflejado en todo este trabajo, hay tantas discapacidades como personas y personalidades. Es por ello, que la AP y el modo en el que se desarrolló varía en función de la necesidad de la persona con discapacidad y en el programa o experiencia en el que participe la persona usuaria del servicio.

Un ejemplo son las distintas bases sobre las que se fundamenta el contenido del servicio. Así, entidades de tercer sector dedicadas a las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, tienen claro que la gestión de la AP debe hacerse desde y por el colectivo de una manera que pueda entenderse por

⁴²¹<https://pazbien.org/2014/02/03/viviendas-tuteladas-experiencia/>

⁴²² El 81,5% de las personas que habitan en una de estas viviendas tuteladas procede del sistema de protección de menores. A lo largo de su vida han realizado un recorrido por centros residenciales donde han adquirido autonomía suficiente, lo que posteriormente les lleva a solicitar este recurso; el resto procede de sus núcleos familiares.

las personas beneficiarias. Para las personas con movilidad reducida, en cambio, la accesibilidad del medio físico es determinante para su autonomía.

El siguiente apartado se ha desarrollado a modo de propuesta de buena práctica con la finalidad de ir unificando alguno de los criterios observados en el ámbito de investigación y sus fuentes, en este sentido⁴²³.

La asistencia personal es un derecho, con la asistencia personal, las personas con discapacidad tienen más oportunidades y apoyos. Así pueden controlar mejor su vida y vivir con libertad.

Partimos del primero de los criterios de que, según el tipo de discapacidad, el entorno o la naturaleza de las acciones que se lleven a cabo entre las partes, la A.P. Así, por ejemplo, en relación con las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, hay un aspecto que genera controversia y es el de la toma de sus propias decisiones.

La accesibilidad en todas sus gamas será la que represente al Paradigma de la Autonomía Personal, como veíamos *ut supra*. Las implicaciones mencionadas más arriba determinan un ejercicio de responsabilidad como vía de doble sentido de formación e información para llegar a la autodeterminación.

3.1. El apoyo informal versus al apoyo profesionalizado.

Se ha puesto de manifiesto cómo la nueva regulación civil plantea la regulación de una figura que se daba, algunas veces, en la vida de las personas a modo de atención y cuidado del vecino más cercano. Este apoyo informal, que está ya reconocido jurídicamente, supone una figura distinta a la que aquí planteamos.

Con esta tesis, la propuesta va más allá de este hecho. En primer lugar, la figura debe complementarse con la profesionalización del apoyo cualificado.

En segundo lugar y, para ello, hay que homogeneizar el panorama formativo actual, respecto a una estructura requerida cuando hablamos del Estado del Bienestar. Así, la tesis que proponemos para que la A.P. tenga naturaleza propia más allá del mero acuerdo de las partes, se forma con respecto a unos criterios comunes que son, entre otros:

- a) La denominación del puesto de trabajo,
- b) El contenido mínimo del acuerdo para ambas partes,

⁴²³ Inerserso. Libro Blanco de la dependencia. Dir. Por rodríguez Castelo, A. Madrid 2005. Pp 49-81.

- c) La duración y horario del servicio según necesidades, previamente referenciadas y aceptadas,
- d) La titulación oficial de los estudios que se cursan sobre esta materia.

En segundo lugar, de las hipótesis planteadas sobre el oxímoron que supone la promoción de la Autonomía en personas con discapacidad, surge la idea de que el hecho de especializar a las personas que prestan la asistencia, supondría varias cuestiones de avance según los tiempos en los que estamos. Así, por ejemplo, varios podrían ser los logros:

- a) Dar efectividad legal al reconocimiento de la profesión mediante una cualificación profesional incluida en el Catálogo Nacional de Ocupaciones.
- b) Alta en Seguridad Social. Sin duda, el efecto beneficioso de esta situación daría un impulso en la calidad del trabajo prestado.
- c) Registro de aquellas personas que vinieran prestando las ocupaciones propias del cargo mediante una Acreditación Profesional.
- d) Cualesquiera otras cuestiones que, mediante encuentros profesionales, se lleven a cabo junto con las asociaciones del tercer sector, las AA.PP. y las personas con discapacidad a nivel internacional. Del resultado de estos encuentros, debe salir unas conclusiones a modo de método de trabajo para corto y medio plazo.

Sin duda, estamos convencidos de que el efecto que en su día provocó el alta en el sistema público de la Seguridad Social para los cuidadores informales, se puede ver superado en expectativas y resultados.

3.2. La función notarial y la discapacidad

Dejando a un lado el sistema judicial como control en la actual nueva ley, la modificación que más nos puede afectar en el recurso de AP es la que se refiere el artículo primero. Modificación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862. La Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, queda modificada como sigue:

Uno. Se modifica la letra a) del artículo 23 con la siguiente redacción: "a) La afirmación de dos personas, mayores de edad, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo aquellos responsables de la identificación."

Dos. Se añade un nuevo párrafo al final del artículo 25 con la siguiente redacción que mantiene que para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación

oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso.

En concreto la norma civilista dentro del Título XI, pasa a titularse de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica y como disposiciones generales establece.

Se determina que las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.

Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales.

Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La delimitación de la función notarial y la judicial en la prestación de apoyos, podemos aseverar que jueces y notarios son actualmente en esta materia operadores jurídicos esenciales, pues anteriormente, por ejemplo, para personas con discapacidad intelectual existía la presunción de limitación de la capacidad jurídica y ahora, sin embargo, surge como una ampliación de ella-

De aquí, que si esa capacitación la realiza la propia persona interesada el funcionario ad hoc es el notario y si ella no lo ha previsto lo hará la autoridad judicial.

Entre las funciones encomendadas al notariado, destacan la de dación de recursos a sus clientes:

1º. Apoyando a las personas en el establecimiento voluntario de las medidas de apoyo, debiendo todas ellas para su validez constar en escritura pública; estas medidas son la auto curatela (arts. 271 y ss.), los poderes y mandatos preventivos (arts. 256 y ss.) y las disposiciones reguladoras de la propia discapacidad (art. 255).

2º. Prestando asistencia jurídica a la persona con discapacidad en los otorgamientos que ante ella se pretenda.

3º. Atendiendo a todas las personas con discapacidad independientemente de cual sea su tipo y grado.

4º. Controlando en todos los otorgamientos que ante el o la notario se realizan, la persona otorgante pueda ejercer su capacidad jurídica.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera⁴²⁴.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

En nuestra materia, las bases establecidas en el contrato de prestación del servicio cumplen con las salvaguardas Inter partes⁴²⁵. La supremacía de la voluntad de la persona con discapacidad hace que desaparezca el vago espectro de la actuación “basada en el interés supremo de la persona discapacitada”. La autonomía se reconoce, fundamentalmente, en la esfera de las acciones y en el entorno de los apoyos que podemos denominar “externos a las personas con discapacidad”, se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo:

1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.

2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

⁴²⁴ Artículo 249 de la normativa civil modificada

⁴²⁵ No hay que olvidar que no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título⁴²⁶.

3.3. La asistencia personal en la infancia. el derecho de la persona y el derecho de la familia

La profesora García⁴²⁷ destaca, con relación al ejercicio de los derechos de personalidad, que *“Podemos decir que la figura del asistente personal es un apoyo transversal en la vida independiente de la persona con discapacidad. Tanto en el modelo en el que se incardine, como en la forma en que ejecute sus tareas. Es, a la vez invisible Existiendo la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la referencia a la misma va a ser el desarrollo de este apartado. Varias son las razones en torno a la capacidad jurídica para realizar actos propios en base a la capacidad de entender y querer. Previsión aplicable por analogía a las personas con discapacidad, aun cuando tengan su capacidad de obrar judicialmente modificada. No obstante, tras la reforma de este precepto llevada a cabo por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, el legislador ha puntualizado que los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.*

Hay que destacar que esta intervención no supone la sustitución o desplazamiento de la voluntad del menor, y por ende de la persona con discapacidad, sino su complemento a fin de garantizar la salvaguarda de su interés superior. De modo que resulta acorde con el sistema de apoyos de las personas con discapacidad que propugna el artículo 12.3 de la Convención [...]”.

Efectivamente, el texto internacional tras proclamar que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁴²⁶ En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas (art. 251). Por lo tanto, este apartado conlleva el reconocimiento de la Autodeterminación y es ella la nace de la Vida Independiente.

⁴²⁷García Garnica, MC: *La protección jurídico-civil de las personas con discapacidad* AA.VV.: La Protección Jurídico-Social De Las Personas Con Discapacidad. Un Enfoque Integral Y Exhaustivo. AA.VV. José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida, Antonio Márquez Prieto, Francisco Vila Tierno, Juan Antonio Maldonado Molina (direc.). Belén del Mar López Insua y José Luis Ruiz Santamaría (coords.). Montañez Heredia, S. Ed. Laborum. Murcia 2021. pp 1.135-1.140. ISBN: 978-84-17789-62-6

El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

Con la manifestación de este objetivo, la convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Parte que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Asistencia personal en la infancia para una educación inclusiva y una vida verdaderamente independiente⁴²⁸ la brecha es aún mayor para este grupo de población. Muestra de ello son las palabras realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2018) sobre sus hallazgos en España los cuales revelaban violaciones al derecho a la educación inclusiva y de calidad mediante la perpetuación (...) de un sistema educativo que continúa excluyendo de la educación general. Palabras unidas a su reflexión sobre las causas que situaba en una evaluación anclada en un modelo médico de la discapacidad y que resulta en la segregación educativa y en la denegación de los ajustes razonables necesarios para la inclusión sin discriminación.

La propia Convención con un lenguaje hoy ya obsoleto, reconoce en su artículo 23:

[...] que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y

⁴²⁸Breogán Riobóo-Lois: Conferencia: Conferencia Internacional para la Inclusión | Universidad de Vigo. En: Politécnico de Leiria, Portugal. Proyecto: Asistencia Personal en España. noviembre 2020

decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

[...] el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán

[...]la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas (...)

En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste

[...] estará destinada a asegurar el acceso efectivo a la educación (...) con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Por todo ello, es especialmente importante identificar si se está poniendo a disposición de la infancia los recursos humanos, las herramientas y las ayudas técnicas necesarias para su adecuado acceso a una educación verdaderamente inclusiva, como elemento sine qua non podrán disfrutar de una vida verdaderamente independiente -

Echeita y Ainscow⁴²⁹ inciden sobre cuatro elementos de la educación inclusiva que es imprescindible tener en cuenta que

- es un proceso, hay que aprender a vivir con la diferencia y a la vez estudiar cómo se le puede sacar partido a la diferencia, procurando generar cambios sostenibles y perdurables en el tiempo.

- Busca la presencia, la participación y el éxito de todo el alumnado y lo hace de forma interdependiente, es decir, en la interrelación que se genera al cruzar participación y aprendizaje con el lugar o la localización donde acude determinado alumnado.

- Identifica y elimina barreras, lo que se convierte en un factor estratégico en la búsqueda de diseñar e implementar planes de mejora en las políticas educativas y la innovación”.

No cabe duda, por tanto, dentro de la especialización que propugnamos de cara a la persona que presta la asistencia, que la formación en psicología, pedagogía, intervención social, educación infantil sean muy propicias para esta ayudar a la autonomía en esta etapa de la vida.

⁴²⁹ Echeita, G.; y Ainscow, M. (2011). La educación inclusiva como derecho. Marco de referencia y pautas de acción para el desarrollo de una revolución pendiente. Tejuelo, (12), 26-46

3.4. El derecho de sucesiones: libertad e igualdad . promoción de la autotutela

La ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, modifica el artículo 96 se redacta del siguiente modo:

1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes. A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación⁴³⁰.

El reconocimiento otorgado por menores no emancipados necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Para la validez del reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se estará a lo que resulte de la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido. Si nada se hubiese dispuesto y no hubiera medidas voluntarias de apoyo, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin⁴³¹.

Si, como hemos visto es difícil encontrar configuraciones en torno a la figura de la AP, este efecto de invisibilidad se eleva y se multiplica cuando hablamos de menores. Incluso en la nueva ley se tratan los temas desde la perspectiva vista y desde el guardador de hecho. Se expone en el art.249⁴³²,

⁴³⁰ Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

⁴³¹ Artículo 121

⁴³² Dentro del Título XI De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica Capítulo I. Disposiciones Generales.

Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”.

Normas Civiles en el ámbito sucesorio a favor de las personas con discapacidad en relación al derecho de la legítima. La define el actual art. 808 del Código Civil (CC) (según la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, vigente el 3 de septiembre de 2021):

Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Asimismo, y en relación con la tercera parte restante se establece que será de libre disposición.

Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.

Frente al principio de la intangibilidad de la legítima, aparece esta posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria a favor de otros coherederos forzosos. Junto a ello, se destaca la posibilidad de gravar la legítima cuando hay una persona con discapacidad⁴³³.

Sobre promoción de la independencia en consonancia con el derecho a vivir de manera digna, en la nueva redacción, se postula la donación o legado de

⁴³³ Según el art. 813 CC, (también con nueva redacción dada por la mencionada Ley 8/2021, de 2 de junio)

un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella⁴³⁴.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación.

Otro mecanismo jurídico de promoción, desarrollo y defensa de la autonomía, es el caso de la Autotutela. La reciente reforma, hace recomendable iniciar una revisión de los instrumentos otorgados para contingencias relacionadas con incapacidades y comprobar si es precisa alguna adaptación, material o formal.

También conviene reevaluar la situación de la empresa familiar en los ámbitos de la previsión de cualquier situación de “discapacidad” sobrevenida, para comprobar que no existen fricciones del plan de contingencia con la nueva normativa.

Particularmente interesante, en el ámbito procesal, es que se ha introducido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria un expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Y a este cauce de la jurisdicción voluntaria se le da preferencia sobre el cauce contencioso; pues tras la modificación del artículo 756 de la LEC, el procedimiento contencioso queda reservado para aquellos supuestos en los que, procediendo el nombramiento de curador, el expediente de jurisdicción voluntaria termine por oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de los interesados, o cuando el expediente no se haya podido resolver. Así, algunas cuestiones que pueden merecer atención son las siguientes:

⁴³⁴ El art. 822 CC

A. Vigencia y circulación de instrumentos de previsión en situaciones de incapacidad/discapacidad La Disposición Transitoria Tercera de la Ley 8/2021 dispone que las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la auto curatela y se regirán por dicha ley. También se refiere a la subsistencia de los poderes preventivos, y hace algunas precisiones en torno a la aplicación de determinadas reglas de la curatela. Pero, aunque la disposición transitoria que admite la validez material de documentos otorgados con anterioridad, en nuestra opinión, es preciso revisar los instrumentos preventivos otorgados (poderes preventivos, autotutela) para valorar si conviene una adaptación, siquiera terminológica⁴³⁵.

Se debe revisar, por tanto, la “adaptabilidad” del instrumento a las normas de otros territorios si se prevé un cambio de residencia futuro.

En los aspectos sucesorios, la reforma ha optado por dar primacía a las medidas de apoyo a la persona con discapacidad de tipo voluntario, por lo que pueden existir medidas consistentes en la prestación de asistencia para la realización de actos o negocios sucesorios.

En los aspectos representativos en el ámbito mercantil, se destaca el hecho de que las personas con discapacidad puedan prever medidas de apoyo voluntarias puede tener también su trascendencia práctica en la asistencia a juntas generales de las sociedades. En este sentido, habitualmente los instrumentos voluntarios preveían una representación por sustitución del socio incapaz o incapacitado. Sin embargo, el nuevo régimen legal podría hacer que esa “representación” resulte ineficaz, y la persona con discapacidad prevea que acudirá a las juntas con su curador, lo que podría encajar con la filosofía de la norma, pero alterar notoriamente el funcionamiento de los órganos de la empresa familiar o de la societaria⁴³⁶.

⁴³⁵ Los cambios de residencia que pueden producirse pueden generar dudas aplicativas en ordenamientos que, como hemos visto, pueden tener distintos enfoques jurídicos de la misma realidad. Las referencias a la “incapacidad” y la “incapacitación judicial” pueden entenderse válidas en aquellos ordenamientos en que aún subsistan, pero pueden requerir adaptaciones en aquellos que no.

⁴³⁶ Garrigues en www.Garrigues.com Perspectivas / 04-11-2021

3.5. El Derecho Procesal: Acceso a la justicia. La figura de la persona facilitadora. El defensor judicial. La accesibilidad cognitiva: las sentencias en lectura fácil entran en los juzgados y tribunales.

La adaptación normativa a la Convención también debe extenderse al ámbito procesal, de modo que se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad. Tal circunstancia permite asimismo introducir algunas modificaciones en la regulación de los procesos en que se ejercita una pretensión de esas características, dirigidas a solucionar algunos problemas que se han detectado en la práctica forense y que dan lugar a interpretaciones diferentes entre los tribunales.

En el nuevo texto se recoge también la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

Todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación. Las normas afectadas por esta reforma van desde algunas relativas al Derecho internacional privado, la nacionalidad, ciertas reglas sobre los efectos de las crisis matrimoniales cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad que precisen apoyo, lo cual puede tener repercusiones, por ejemplo, en la atribución de la vivienda familiar, o las reglas sobre el establecimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad; también experimentan modificaciones puntuales algunos preceptos relativos a la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges precisare de medidas de apoyo.

Particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, cuestiones estas en las que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se ha sometido a una revisión de conjunto en la que, más allá de las necesarias revisiones terminológicas, se han introducido los ajustes requeridos por la adaptación a la Convención en el ejercicio de las acciones de determinación o impugnación de la

filiación, en los procedimientos de separación y divorcio y en el procedimiento para la división de la herencia.

La primera modificación relevante se encuentra en el artículo 7 bis, que se introduce también en la Ley de Jurisdicción voluntaria. En este artículo se regulan las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, con independencia de si lo hacen en calidad de parte o en otra distinta y que se llevarán a cabo en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Adicionalmente, se menciona expresamente que se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste.

Es también importante el apartado 1 del artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que en los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil, sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria o cuando el expediente no haya podido resolverse, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo dispuesto en dicho Capítulo. En caso de inexistencia de oposición, la provisión judicial de apoyos se regirá por lo dispuesto en la legislación de jurisdicción voluntaria.

Se trata, por tanto, de una reforma ambiciosa que opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad⁴³⁷.

El artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus apartados 3 y 4, también da respuesta a situaciones que estaban originando prácticas diversas en los tribunales. Por un lado, se permite la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, lo que posibilita contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad para asumir tal encomienda.

Por otro, se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera de los legitimados que no sea promotor del procedimiento o de cualquier sujeto con interés legítimo, evitando así que se generen situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona con discapacidad, como sucedía con

⁴³⁷ Todo ello sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio

anterioridad, donde unos podían actuar con plenitud en el proceso dada su condición de parte y otros, en cambio, solo podían ser oídos en fase de prueba.

Otras modificaciones, se contienen en el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se refieren al momento de admisión de la demanda y a la personación del demandado. En primer lugar, se establece que, una vez admitida la demanda, se debe obtener de los Registros públicos la información existente sobre las medidas de apoyo adoptadas, para respetar la voluntad de la persona con discapacidad. Y, en segundo lugar, se prescribe el nombramiento de un defensor judicial cuando la persona interesada, esto es, la persona con discapacidad no comparezca, en el plazo concedido para contestar a la demanda, con su propia defensa y representación. Con ello se consigue que siempre exista alguien que defienda en el proceso los intereses de la persona con discapacidad.

La regulación de las pruebas que preceptivamente deben practicarse en este aquellas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que ella prefiera mantener reservados. Adicionalmente, el proceso debe alejarse del esquema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o «de mesa redonda», con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Por último, a diferencia de lo que sucedía en la normativa anterior, el contenido de la sentencia que ha de dictar el juez se remite a las normas de Derecho Civil que resulten de aplicación, al considerarse una cuestión más de Derecho sustantivo que procesal.

La Ley 8/2021 de 2 de junio en lo referente a la reforma de la LEC relativa a la comparecencia en juicio, el art. Cuatro lleva a cabo la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que queda modificada como sigue: Uno. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 7, que quedan redactados como sigue: 1. Podrán comparecer en juicio todas las personas. 2. Las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley. En el caso de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas.

En materia de accesibilidad, en el apartado número Dos, se introduce un nuevo artículo 7 bis con la siguiente rúbrica y contenido de un recurso interesante en materia de discapacidad como es el de los ajustes necesarios. Se despliegan en varios sentidos: Por un lado, en los procesos en los que participen personas con

discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad⁴³⁸.

En este escenario de cambio de terminologías jurídicas se introduce un aspecto clave que, consideramos tiene también algo de cambio de actitud y es el hecho de favorecer que las personas con discapacidad puedan entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. Es la llamada Accesibilidad cognitiva.

A ello se le ha dado forma recientemente por medio de la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. Se trata de usar lenguaje sencillo que, en terminología adoptada en España equivale a la consolidada en lengua española de "Lectura Fácil". Las modificaciones lo son:

- De la letra k) del artículo 2 de dicha ley, con el objetivo de incorporar a la definición de accesibilidad universal la consideración de accesibilidad cognitiva, aclarando de forma explícita que la accesibilidad cognitiva se encuentra incluida en la accesibilidad universal, entendida como el elemento que va a permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas.

Por lo tanto, la accesibilidad cognitiva, se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin.

Se modifica el artículo 5 sobre el ámbito de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de la ley con la finalidad de adaptarse a la modificación anterior relativa a l art.2 la letra k). Además, se incluye un nuevo apartado en dicho artículo, letra g), enumerando un nuevo ámbito de aplicación, relativo a la participación en la vida pública y en los procesos electorales.

Se modifica el apartado 2.c) del artículo 23 para incluir dentro de los apoyos complementarios previstos la lectura fácil y los pictogramas, en consonancia con los fines de esta ley.

⁴³⁸ Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

En definitiva, no cabe duda de que son muy loables las evoluciones en la materia, pero echamos de menos una importante reforma legal no le dé a la Asistencia Personal la entidad que para nosotros y para las personas con discapacidad y sus familias tiene. La conclusión, a modo de resorte que surge tras la lectura de su articulado, es la de la detección de una ausencia injustificada.

No dudamos que tanto el paso del tiempo como los pronunciamientos jurisdiccionales y doctrinales, nos irán marcando el camino, pero vaya por delante al igual que la nueva ley lleva aparejada la salvaguarda de los derechos cuando sean judicializados, el ejercicio voluntario de estos no encuentra correspondencia cuando se trata del natural desenvolvimiento de la persona en su vida diaria-

Creemos, por tanto, que se ha desaprovechado la oportunidad de promoción de la autonomía desde la persona con discapacidad y hacia ella, de forma natural, esto es, para su vida independiente, sin más consideraciones.

3.6. El derecho tributario y la autonomía de la voluntad. la protección patrimonial, posibles exenciones a la asistencia personal.

En lo que respecta a la reforma de la Ley del Notariado y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, con el objeto de acompasar su regulación al cambio de paradigma que introduce esta modificación que realiza los siguientes cambios:

- Artículo quinto. Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, queda modificada dando preferencia al patrimonio protegido y a su titular que serán las personas con discapacidad que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento y las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

Esta medida de promoción de la autonomía se podrá hacer efectiva por la propia persona beneficiaria, entre otros, por quienes presten apoyo a las personas con discapacidad.

Cabe mención aparte el hecho de que se permite que cualquier persona, con interés legítimo, podrá solicitar de la persona con discapacidad, con el apoyo que requiera, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

Para el Sistema de la dependencia, es imprescindible señalar la reactivación del nivel de financiación acordado entre el Estado y las CC.AA⁴³⁹: según se ha manifestado ut supra lo que provoca el deseado efecto del levantamiento de la suspensión desde 2014. Viene a suponer, la colocación de una pieza más en el juego ajedrecista de la Administración Pública en materia de Dependencia y sus vinculaciones presupuestarias.

Según el Ministerio de la Presidencia, la distribución entre CC.AA. y autorización de reparto de créditos del Sistema de Dependencia a fecha de 30 de marzo de 2021⁴⁴⁰. El Consejo de Ministros ha adoptado el Acuerdo por el que se autoriza la propuesta de distribución territorial entre las comunidades autónomas y los criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2021 del nivel acordado de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, por un importe total de 283.197.420 euros.

De conformidad con el Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones públicas para el ejercicio 2022 publicado en el BOE de hoy, se ha procedido actualizar en la web del Imsero, la información referida a las cuantías a percibir en 2022 por las personas beneficiarias de PNC de Invalidez, PNC de Jubilación y de las Prestaciones Sociales y Económicas para personas con discapacidad.

La Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 y el citado Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, establecen que la cuantía de las pensiones de invalidez y jubilación de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva se incrementará en el 3 por ciento respecto de la cuantía establecida para 2021, quedando el importe anual para el año 2022 en 5.899,60 € anuales, que se abonan en 12 mensualidades más dos pagas extraordinarias al año.

⁴³⁹ La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado Para el año 2014 ha recogido esta suspensión en su D,A,24.^a

⁴⁴⁰<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/300321-enlace-dependencia.aspx>

Asimismo, con el fin de mantener el poder adquisitivo de los pensionistas, antes del 1 de abril de 2022 se abonará una paga adicional por una cantidad equivalente a la diferencia entre la pensión percibida en 2021 y la que hubiera percibido si la cuantía de la pensión se hubiera revalorizado en un 1,60 por 100 más, que es la diferencia entre el porcentaje de revalorización general del 0,9 por 100 aplicado a las pensiones en 2021 y el valor medio de los incrementos porcentuales interanuales del IPC de los meses de diciembre de 2020 a noviembre de 2021, que ha sido del 2,5%.

Significar además que la cuantía por complemento para titulares de pensión no contributiva que residan en una vivienda alquilada ha quedado fijada para 2022 en 525,00 € anuales.

Finalmente, en lo referido a las Prestaciones Sociales y Económicas para personas con discapacidad, la cuantía para 2022 del Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (SMGT) ha quedado fijada en 864,00 € anuales, que se abonan en 12 mensualidades de 72,00 €.⁴⁴¹

Se configura el Plan de choque llevado a cabo por la Resolución de 26 de agosto de 2022, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo sobre el Marco de Cooperación Interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2022 del nivel acordado, previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁴⁴².

Los objetivos centrales son, además de la reducción de las listas de espera, la mejora de la calidad de centros y servicios y las mejoras que redunden en las condiciones laborales de los trabajadores del sistema.

Las variables y criterios que se utilizan para la distribución de fondos entre las CCAA se recogen en el Acuerdo para la Puesta en Marcha del Plan de Choque para el Impulso del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, adoptado el 15 de enero de 2021, por el Pleno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Cuantía de las prestaciones económicas en sus tres modalidades se destinan a las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, al apoyo a

⁴⁴¹ Actualización 2022 de las cuantías de las PNC y de las Prestaciones Sociales y Económicas para personas con discapacidad

⁴⁴² «BOE» núm. 216, de 8 de septiembre de 2022, páginas 124592 a 124619.

personas cuidadoras no profesionales y a las que estén vinculadas al servicio y asistencia personal. Este indicador tiene por finalidad corregir el mayor coste que asumen aquellas CC. AA: con normativas que aplican coeficientes reductores menores a las cuantías máximas establecidas en la normativa estatal y que, por tanto, abonan prestaciones económicas de mayor cuantía.

En el Acuerdo, también se contempla una propuesta que incorpora los criterios de distribución con los siguientes porcentajes respecto al total de los fondos del nivel acordado:

- Atención efectiva a la población dependiente, principalmente a través de servicios profesionales: número de resoluciones de grado y nivel: 5%; número de personas beneficiarias con prestación: 24%; prestaciones de servicio efectivas: 20%; inversión autonómica en el SAAD: 2,5%; empleo relacionado con el SAAD: 2,5%.
- Factores que influyen en el coste de la prestación de los servicios y posibilidad de financiarlos: superficie: 1,4%; dispersión: 0,5%; insularidad: 0,5%; mayor coste de los servicios: 4,9%; menor capacidad de pago de la población: 4,9%.
- Cumplimiento de plazos de tramitación y reducción en la lista de espera: índice de agilidad administrativa: 5%; índice de personas pendientes de resolución: 5%; lista de espera a eliminar: 7,8%.

La aplicación de estos criterios conlleva el siguiente reparto territorial y que tiene su repercusión económica y tributaria correspondiente.

COMUNIDAD AUTONOMA	IMPORTE ACORDADO	%PARTICIPACIÓN
ANDALUCIA	53.427.263,86	18,8
ARAGÓN	9.158.750,06	3,23
PRINCIPADO DE ASTURIAS	7.723.367,47	2,73
ILLES BALEARS	6.985.188,28	2,47
CANARIAS	9.212.363,15	3,25
CANTABRIA	6.324.788,96	2,23

C. LEÓN	30.311.444,90	10,70
C. LA MANCHA	16.063.569,30	5,67
CATALUÑA	45.752.957,46	16,16
EXTREMADURA	8.614.901,30	3,04
GALICIA	19.728.345,77	6,97
COMUNIDAD DE MADRID	34.743.540,41	12,27
REGIÓN DE MURCIA	8.149.961,50	2,88
LA RIOJA	3.582.246	1,26
COMUNIDAD VALENCIANA	23.418.731	8,27
TOTAL	283.197.420 €	100%

Prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada

Normativa: Art. 7.x) Ley IRPF.

Están exentas las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada que se derivan de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE del 15).

En materia de cotizaciones a la seguridad social, una de las medidas más destacadas del Real Decreto-ley 8/2019 es la recuperación del sistema de cotización a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de la segunda parte de la Ley que refiere la Dependencia⁴⁴³.

⁴⁴³ En definitiva, podemos decir que, en su totalidad, el presupuesto para dependencia aumenta un 34% en 2021.

Hasta el año 2012, la Administración General del Estado se hacía cargo de estas cotizaciones, pero ese año y dentro de los ajustes de la reforma laboral, se decidió suprimir este sistema por su alto coste para la Seguridad Social. A partir de ese momento deberían ser los propios cuidadores los que pagasen su propio convenio especial de cotización a la Seguridad Social. Siete años más tarde, el pasado 2019, el gobierno decidió cambiar esa situación y desde el 1 de abril de 2019 el Estado vuelva a hacerse cargo del pago de estas cotizaciones a la Seguridad Social.

Con el nuevo decreto se contemplan dos situaciones distintas: la de los cuidadores que ya tienen un convenio especial y que hasta ahora lo han estado pagando ellos mismos y la de los cuidadores que a partir de este momento, en que el Estado se hacer cargo de las cotizaciones, quieren darse de alta.

Como conclusión, las personas con discapacidad y todo su entorno cuentan con una gran variedad de deducciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Es importante que sepa cómo marcarlo en la declaración de la renta⁴⁴⁴.

En relación con los servicios y adquisiciones que cuentan con la exención del IVA, destacan los servicios de asistencia prestados por entidades de derecho público o establecimientos privados de carácter social (Artículo 20. Uno. 8º de la Ley 37/1992). Están exentos del IVA los servicios de asistencia a personas con discapacidad prestados por entidades de Derecho Público o entidades o establecimientos privados de carácter social con los requisitos establecidos en la normativa del impuesto⁴⁴⁵.

En Andalucía, podemos referenciar que existen deducciones por discapacidad, destacando, entre otras, la deducción para personas con discapacidad de 100 euros para los contribuyentes que tengan un grado de discapacidad igual o superior al 33%, siempre que la suma de las bases imponibles general y del ahorro (casillas 435 y 460) no sea superior a 19.000 euros en caso de tributación individual o 24.000 euros en conjunta.

Como consecuencia de este compromiso, se distingue en plan de reducción de la lista de espera en el SAAD en abril de 2021 las actuaciones dependiendo de si la persona finalmente recibe una prestación económica (por cuidados familiares, vinculada a servicio o por asistencia personal) -en cuyo caso cabe abonar retroactivamente las cantidades devengadas con carácter previo a la fecha de resolución PIA en el plazo que se hubiera excedido de los seis meses- y otro escenario, en el que si el PIA es de servicios no cabe el resarcimiento

⁴⁴⁴ Para más información: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ciudadanos-familias-personas-discapacidad/deducciones-personas-discapacidad.html>

⁴⁴⁵ La exención comprende la prestación de los servicios de alimentación, alojamiento o transporte accesorios de los anteriores prestados por dichos establecimientos o entidades, con medios propios o ajenos.

“retroactivo” por el retraso de las administraciones en resolver el expediente. Ello no obstante no es óbice para considerar la necesidad más que de resarcimiento, de promoción de autonomía y de cuestiones de gestión excelente y de recursos materiales y humanos profesionales y suficientes.

Para el ejercicio 2021, en Andalucía, se aprueba una deducción de 100 euros para los contribuyentes con cónyuges, o parejas de hecho inscritas, que no sean declarantes del impuesto en el ejercicio y que tengan la consideración de discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 65%, siempre que la suma de las bases imponibles general y del ahorro no supere los 19.000 euros, en tributación individual o 24.000 euros en conjunta. Incompatible con la anterior.

Asimismo la deducción de 100 euros por asistencia a personas con discapacidad siempre que los contribuyentes tengan derecho a la aplicación del mínimo por discapacidad de descendientes o ascendientes, a condición de que la suma de las bases imponibles general y del ahorro no sea superior a 80.000 euros en tributación individual o 100.000 euros en tributación conjunta Si, además se acredita la necesidad de una persona de ayuda se podrá sumar el 15% del importe satisfecho a la Seguridad Social por este trabajador hasta un máximo de 500 euros⁴⁴⁶.

3.7. El derecho sanitario. acceso a la salud. el consentimiento informado

Como pone de manifiesto en su gran trabajo sobre Discapacidad y consentimiento Informado en el ámbito sanitario y bio investigador, Vivas referencia la necesidad de recordar que, a tenor del art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), por Consentimiento Informado (en adelante CI) ha de entenderse, a efectos de dicha Ley, “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”⁴⁴⁷.

Varios aspectos para destacar son importantes en este sentido ya que si partimos de la afirmación de que el consentimiento (o disenso) informado como derecho fundamental no cabe duda de que la accesibilidad de los documentos debe ser Universal y para todo tipo de discapacidad. Así, en lo referente al el art. 5 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del

⁴⁴⁶ La deducción por ayuda doméstica para padres monoparentales con hijos incapacitados judicialmente a su cargo. La cuantía de la ayuda será del 15% de las cantidades satisfechas por el trabajador hasta un máximo de 250 euros.

⁴⁴⁷Vivas Tesón, I: “Discapacidad y consentimiento informado en el ámbito sanitario y bioinvestigador” Pensar - Revista de Ciencias Jurídicas 21(02) Enero 2016.pp:534-567

Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 1997, más conocido como “Convenio de Oviedo”, instrumento internacional de carácter vinculante para los países que lo suscriben, como es el caso de España, dispone en su art. 5, como regla general que una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

La relación con el derecho a la información se establece el derecho a conocer las informaciones y el derecho a no querer ser informada con el apoyo adecuado según su discapacidad- Junto a lo anterior, la profesora Vivas, destaca la singularidad del CI en el contexto bio investigador. Según la Exposición de Motivos de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante, LIB). Dicha ley *“se construye sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación”*.

En este sentido, la libre autonomía de la persona es el fundamento del que se derivan los derechos específicos a otorgar el consentimiento y a obtener la información previa. Asimismo, se establece el derecho a no ser discriminado, el deber de confidencialidad por parte de cualquier persona que en el ejercicio de sus funciones acceda a información de carácter personal, el principio de gratuidad de las donaciones de material biológico, y fija los estándares de calidad y seguridad, que incluyen la trazabilidad de las células y tejidos humanos y la estricta observancia del principio de precaución en las distintas actividades que regula.

Presenta este consentimiento singularidades por lo que, acertadamente, expone que, ante todo, es preciso distinguir dos fases distintas, cada una con problemática diferente respecto de la otra. De un lado, el CI es preciso en una primera fase de extracción del material biológico, en cuyo caso el derecho fundamental que resulta tutelado por el consentimiento es la libertad personal o autodeterminación del sujeto en orden a la propia salud; de otro, el CI a la conservación en biobancos. Concluye, por tanto, que, de acuerdo con lo expuesto, el tratamiento jurídico del CI para la recogida y utilización de material biológico de origen humano destinado a la investigación biomédica ha de girar en torno a la búsqueda del perfecto equilibrio entre el respeto a la libertad, autodeterminación individual de la persona en orden a la propia salud e

intimidad, el interés de la colectividad y las exigencias del progreso científico, tarea ésta nada fácil⁴⁴⁸.

Igualmente, secundamos las palabras de Casado haciendo referencia a la investigación biomédica, *“el punto de partida es la sospecha de que, al haber en esta ley tantas excepciones a las exigencias tradicionales del CI, existe cierto riesgo de caer en una pendiente resbaladiza en la que garantías éticas tradicionales como el requisito del CI acaben por desaparecer. Para evitar esto es necesario contar con un concepto más completo de la autonomía de los pacientes y los sujetos de investigación, un concepto donde no se reduzca el respeto de la autonomía a ‘cumplir con el expediente’ del CI en un momento puntual de la investigación”*. Y añade: *“... el CI es un proceso, no un documento, y el impreso firmado no es más que una prueba entre otras de que el proceso está teniendo lugar*.

En definitiva, si la persona con discapacidad puede entender lo que se le requiere y las consecuencias de ello, estaremos en una comunicación accesible cognitivamente entre partes. Si, por el contrario, resultare necesario la intervención de otra persona, se procederá como se ha manifestado en la ya nombrada y reciente ley 8/2021 de 2 de julio. Especialmente relevante en este sentido es la modificación del art. 287 del código civil, se establece que el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales. Para la promoción de la autonomía en este sentido, resulta evidente que se hace necesaria una urgente articulación de contenido teórico y práctico de la Asistencia Personal que delimite la forma de realizarse el acto en cuestión y la regulación de contenido ente las partes.

La A.P. como se ha visto y se verá en los siguientes apartados, es distinta de la representación, de la guarda de hecho y de la curatela y, es por ello, que debe ser tratada de manera unilateral y propia. Hacia este paradigma, debemos direccionar el cambio, es decir, la unificación de la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, cuyo núcleo central es la Vida Independiente como base para la inclusión social en condiciones de igualdad, avanzando en el conocimiento para hacerlo posible en cada persona y su entorno.

El objeto, en definitiva, es la practicidad de los apoyos para la toma de decisiones, es decir, que la persona con discapacidad esté en condiciones de traducir a su vida práctica los principios de autonomía e independencia, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

⁴⁴⁸Casado De La Rocha, A. Biobancos, cultura científica y ética de la investigación. Dilemata, Madrid, año 2, n. 4, p. 1-14, 2010.

El consentimiento informado, también se detecta necesario en ciertas actuaciones ante notario, en concreto, hablamos de que la persona con discapacidad haya expresado sus motivaciones para un determinado acto (por ejemplo, en testamentos o poderes) se deben incluir para personalizar el documento y crear la prueba del consentimiento informado⁴⁴⁹.

Las personas que asistan como apoyo cuando así lo requiera la escritura de apoyos voluntarios o el auto de nombramiento de curador deben comparecer en la escritura, es decir, asistir a ella ya que “asistir no es lo mismo que asentir”⁴⁵⁰.

Como afirmación del acto de naturaleza voluntaria y consentida, según la Circular, podrá solicitar señala que el notario podrá solicitar:

a) Información particular sobre sus condiciones de vida, o sobre su entorno familiar o de convivencia, a fin de adecuar su actuación en la medida de lo posible.

b) La calificación administrativa de la discapacidad y con ella su programa de atención individual (PIA).

c) Entrevistarse con su cónyuge o pareja o quienes convivan con ella, familiares cercanos, así como con las entidades del tercer sector con las que guarde relación.

d) Solicitar informes a los servicios sociales o de aquellos profesionales que puedan aconsejar las medidas de apoyo necesarias en cada caso.

e) Procurar la intervención de un profesional experto que realice los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

Esta enumeración no es exhaustiva y no supone una actuación obligatoria general, ya que consideramos que se deben adaptar a la situación y se podrán requerir alguna o varias de esas actuaciones -u otras distintas- dependiendo del caso o del tipo de discapacidad. Pone de manifiesto este apartado, la necesidad de conformar una actuación conjunta hacia las políticas y normativas de inclusión a modo de Plan de choque para la economía de los cuidados y su refuerzo. El Componente 22 dentro del Plan de Resiliencia de España, como documento oficial del Gobierno Oficial (España Puede), establece una Nueva Economía de los Cuidados y Políticas de Empleo⁴⁵¹.

Con relación a la materia que nos ocupa dentro de la promoción de a autonomía, se tienen en cuenta las siguientes variables: i) La Evidencia de la situación. ii) El análisis de los datos y iii) la necesidad de la reforma. Los problemas inmediatos

⁴⁴⁹ Dirección General del Notariado- Circular 2/2021.

⁴⁵⁰ Tal y como dice la Circular General del Notariado- Circular 3/2021,

⁴⁵¹<https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente22.pdf>

del SAAD ya fueron destacados por la Comisión de Análisis de la situación de la Dependencia creada tras la Conferencia de presidentes de las Comunidades Autónomas celebrada el 17 de enero 2017. Donde se pone en evidencia la falta de prestaciones según las necesidades de las personas que aún no habían sido declaradas beneficiarias de las prestaciones, como ya hemos mencionado anteriormente.

La necesidad de la reforma se plantea desde, por un lado, desde el ámbito de los derechos sociales inició el debate con las comunidades autónomas y los interlocutores sociales de un “Plan de Choque en Dependencia 2021-2023”, que finalmente fue aprobado el pasado mes de enero.

Por otro lado, el aumento de la financiación en los niveles mínimos en el ámbito presupuestario llevará consigo aumentos acumulativos que irán mejorando la calidad de los servicios con la idea de revertir los recortes producidos. En concreto, el plan plantea se ha concretado en la subida de las cuantías del nivel mínimo un 17% y la recuperación del nivel acordado ya realizado para los presupuestos de 2021, como se ha visto y que se prevén para los periodos de 2021-2023.

Por otro lado, la calidad del servicio se manifiesta en la mejora del procedimiento con la modificación en una sola instancia para resolución y propuesta de PIA.

La necesidad de diferencias casos de urgencia (como se reconoce en el proyecto de Andalucía, supone la atención personalizada inmediata para los casos de extrema necesidad.

Junto a ello, en esta primera parte del Plan, se proclama la necesidad de que las condiciones laborales de los profesionales que trabajan en el SAAD deben ser estratégicos para la mejora del Estado del Bienestar en los cuidados de larga duración.

La segunda parte, plantea la necesidad de poner en marcha una Estrategia Nacional de Desinstitucionalización. Se echa de menos que no se aproveche esta materia para mencionar expresamente la promoción de la autonomía de la voluntad y no sólo las actividades centradas en ella. Cuando el Plan de desarrollo de servicios comunitarios, habla de manera genérica de entornos sin barreras y la atención centrada en la persona, desaprovechando la ocasión para haber incluido aspectos de refuerzo relacionados con las Oficinas de Vida Independiente, por ejemplo, o la prestación de la asistencia personal como compromisos públicos dentro de la intervención personalizada. Al hablar de equipamientos de entornos facilitadores⁴⁵², los objetivos se ven más centrados más en lo social que en lo personal y eso está muy bien si no fuera porque a estas

⁴⁵² Op.cit. pág,8

alturas, la Asistencia Personal debería tener entidad propia como recurso de promoción de la autonomía del colectivo. Esto sí parece tener eco cuando menciona la necesidad de inversión en la formación diseñar y desarrollar un programa de formación dirigida a al personal técnico del Sistema Público de Servicios Sociales y al personal que participa en el cambio en el modelo de apoyos y cuidados de larga duración (servicios residenciales, de ayuda domiciliaria, de asistencia personal y de teleasistencia) estableciendo para ello los recursos necesarios y velando por una ejecución que supere una posterior evaluación de calidad del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en su Componente 22.

V

PROTECCIÓN SOCIAL DE LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

En nuestro país, como se ha visto, el Sistema de Seguridad Social se acerca a la posibilidad de que se contemple la figura del asistente personal cuando, al reconocer la pensión de Gran Invalidez, fija un incremento del 50% sobre la prestación de Invalidez permanente absoluta para contribuir a los gastos de la persona que ayude al gran inválido a realizar las actividades básicas de la vida diaria.

La Ley LISMI, en el año 1982, estableció el subsidio de ayuda a tercera persona en un intento de acercarse a la cobertura del asistente personal. Pero no es hasta diciembre de 2003 cuando la LIONDAU, confirmaba en su artículo 2 que la vida independiente es la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la comunidad, conforme al libre desarrollo de su personalidad y, en su artículo 9, concreta la asistencia personal como el apoyo complementario para hacerla efectiva. Tres años después, la LAAD define, en su artículo 2.7, la asistencia personal como «el servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal⁴⁵³. A tal efecto, la Ley establece una prestación económica de asistencia personal que tiene por finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia con el objeto de contribuir a la contratación de una asistencia personal durante un número de horas que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria⁴⁵⁴.

1. LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA PERSONAL

Se va a poner de manifiesto como la universalidad y la personalización, que son esenciales para el desarrollo de un correcto servicio de asistencia personal, es muy difícil que se desarrollen si los servicios prestados dentro del

⁴⁵³ Antón, C. (2015), “Situación de la asistencia personal en España”, PREDIF, p. 7-8

⁴⁵⁴ A pesar de todo este avance legislativo, el CERMI considera un fracaso del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) que tan solo el 0,46 % del total de prestaciones reconocidas hasta el momento sean de asistencia personal.

marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia son tendentes a determinar actividades concretas para las que se puede utilizar la prestación y la edad para poder acceder a ella, y además está muy delimitado el número de horas a las que tiene derecho la persona en virtud de su nivel de dependencia, dificultando en gran medida, que pueda adecuarse a su Plan de Atención Personal, que estará centrado en sus decisiones e intereses.

Dentro del catálogo de promoción de la autonomía personal, del artículo 14 de la LAAD, se encuadran las prestaciones de atención a la dependencia, distinguiendo varios aspectos esenciales de las mismas.

1. Las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas e irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria.

2. Los servicios del Catálogo del artículo 15 tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados.

3. De no ser posible la atención mediante alguno de estos servicios, en los Convenios a que se refiere el artículo 10 se incorporará la prestación económica vinculada establecida en el artículo 17. Esta prestación irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención al que se refiere el artículo 29, debiendo ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia.

4. El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención.

5. Las personas en situación de dependencia podrán recibir una prestación económica de asistencia personal en los términos del artículo 19.

6. La prioridad en el acceso a los servicios vendrá determinada por el grado de dependencia y, a igual grado, por la capacidad económica del solicitante. Hasta que la red de servicios esté totalmente implantada, las personas en situación de dependencia que no puedan acceder a los servicios por aplicación del régimen de prioridad señalado, tendrán derecho a la prestación económica vinculada al servicio prevista en el artículo 17 de esta ley.

7. A los efectos de esta Ley, la capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en atención a la renta y el patrimonio del solicitante. En la consideración del patrimonio se tendrán en cuenta la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta.

Como acertadamente expone Maldonado⁴⁵⁵, a la hora de conformar el estatuto jurídico del asistente personal, hay que partir de que podrán recurrir a ellos no solo las personas en situación de dependencia, sino que se extendería a las personas con discapacidad que lo requieran (ello sin perjuicio de que las que tengan reconocido un grado de dependencia, puedan ser beneficiarias de una prestación que ayude a su contratación, si así lo prevé su Programa Individual de Atención (en adelante PIA),

Como manifiesta Saavedra, por lo tanto, puede existir una relación asistente personal y persona con discapacidad fuera de la Ley de Dependencia (personas que no tengan reconocido un grado de dependencia, o teniéndolo no tengan prevista esta prestación económica dentro de su PIA, aunque la prestación económica solo procede en los supuestos contemplados por el artículo 19 Ley 39/2006.

Tradicionalmente, las mujeres y los hombres con diversidad funcional han tenido dificultades para poder desarrollar sus proyectos de vida y permanecer en sus entornos ordinarios. A través de la Convención Internacional de Derechos Humanos de las personas con diversidad Funcional de la ONU y el Movimiento Mundial de la Vida Independiente, se establece una nueva manera de entender la realidad humana como diversidad funcional, dando lugar a la creación de la figura del asistente personal que recoge el art. 19 de la LAPAD, y que hemos analizado en líneas anteriores.

Sin embargo, y tras conocer las ayudas, las funciones y los beneficios de esta figura, sigue siendo la menos solicitada por los beneficiarios, mantenemos que es la falta de desconocimiento de la figura del asistente personal la que lleva a obtener ese resultado negativo, y por ello consideramos la necesidad de “alzar la voz” para ser oídos si con ello conseguimos que la asistencia personal se sitúe al lado de las prestaciones más convencionales.

Hay que reiterar, cuantas veces sea necesario, que todas las personas tienen derecho a desarrollarse en todos y cada uno de los ámbitos de su vida:

⁴⁵⁵Maldonado Molina, J.A., «El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tras sus reformas», en Monereo Pérez, Maldonado Molina y Rubio Herrera (Dirs.), Prevención y Protección de la Dependencia: un enfoque transdisciplinar. Ed. Comares, Granada, 2014, p.. 182.

hablamos del derecho a la autodeterminación, a poder elegir libremente las opciones de vida, a asumir riesgos y a tener responsabilidades laborales⁴⁵⁶.

1.1. Finalidad de la asistencia personal

Como expresamente indica el artículo 19, se busca «la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia», colaborando económicamente al acceso a un servicio de asistencia personal “que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”, es decir, que desarrolle una vida independiente, que redunde “de forma amplia en la mejora de su autonomía.

La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación.

Aunque, siguiendo la tónica general de la Ley 39/2006, son más las cuestiones que se remiten a una ulterior regulación que las que se concretan, sí podemos extraer unas notas definitorias de su régimen jurídico, siguiendo a Maldonado Molina⁴⁵⁷.

Como hemos visto, el Real Decreto 1082/2017 de 29 de diciembre (Nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del SAAD), en su apartado segundo, delimita que el Registro de Prestaciones Sociales Públicas que integrará las prestaciones sociales públicas de carácter económico para personas o familias, se relaciona contemplando en el apartado n):
“La prestación económica vinculada al servicio, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la prestación económica de Asistencia Personal (en adelante PEAP) reguladas en la LAAD”.

⁴⁵⁶ Saavedra Gutiérrez, M. (2018). “La figura del asistente personal en la ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. ¿Realidad o quimera?”. Aposta. Revista de Ciencias Sociales, 79, 181-196

⁴⁵⁷ Maldonado Molina, J.A., «Configuración jurídica de la figura del asistente personal», en VVAA, Situación de la Asistencia Personal en España, PREDIF, Madrid, 2015, p. 37.

Una cuestión nos surge, y es la de ¿cuándo se produce la generación del derecho a la prestación económica?, la D.F.1ª de la LAAD en su apartado 3º, modificada por R.D.L 8/2010 de 20 de mayo, determina en su art. 5 que el derecho de acceso a las prestaciones derivadas del reconocimiento de la situación de dependencia, se generará desde la fecha de la resolución de reconocimiento de las prestaciones. Si una vez transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin haberse dictado y notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación económica que, en su caso fuera reconocida, se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del plazo máximo indicado.

Vamos a poner de manifiesto lo que ocurre en Andalucía en la actualidad del verano de 2021 que se presenta con un panorama de proyecciones normativas, concretamente se trata de la redacción de un Decreto donde se regule esta figura jurídicamente. Así, como Disposiciones Generales: Concepto y ámbito de aplicación:

“El objeto del presente Decreto es regular en la Comunidad Autónoma de Andalucía los requisitos y condiciones de acceso a la prestación económica de asistencia personal del artículo 19 de la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, de manera que se facilite el pleno ejercicio del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, consagrado en el artículo 19 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

El procedimiento para el acceso a la prestación económica de asistencia personal será el establecido por el Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración, que regula la materia en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por su parte, la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, se ha dictado una Resolución de 16 de junio de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se acuerda someter a información pública el proyecto de decreto por el que se regula la prestación económica de asistencia personal del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸<http://www.juntadeandalucia.es/servicios/participacion/normativa/audiencia-informacion.html>

La participación pública como derecho de opinión y participación pública en proyectos normativos, permite el acceso al borrador del citado proyecto de Decreto para el caso de que se quieran llevar a cabo alegaciones oportunas.

El fundamento normativo, se posicionó con la ratificación por parte de España de la Convención, como ya sabemos. Recordamos que el art.19, es el que dispone expresamente del derecho de todas las personas a vivir de forma independiente, sin estar sujetas a un estilo de vida específico, nos obliga a dar un nuevo impulso a la asistencia personal, como apoyo a la Vida Independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional.

En octubre de 2013, el Parlamento de Andalucía aprobó una proposición no de ley que instaba al Gobierno de la Junta de Andalucía a la implantación y desarrollo de la prestación de Asistencia Personal, reconocida como un derecho básico para garantizar la independencia y participación de todas las personas en la comunidad. La prestación económica de asistencia personal está destinada a contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la contratación de un asistente personal.

El asistente personal es aquella persona que, bajo la dirección de la persona en situación de dependencia, realiza por ella determinadas tareas básicas de su vida diaria y/o le acompaña para facilitar su acceso al empleo, la formación, ocio y la participación social.

La finalidad de esta prestación es la promoción de una vida más autónoma en el entorno habitual que facilite la atención de manera personalizada e integradora en función de las circunstancias y necesidades de la persona en situación de dependencia, ayudándola en su plena integración en la sociedad. En consonancia con ello, es necesario determinar cuál debe ser el perfil de persona a la que está destinada. Para tener derecho a esta prestación económica es necesario:

- a) Tener reconocida la situación de dependencia en cualquier grado.
- b) Tener la capacidad para determinar los servicios que requiere, definir el perfil de su asistente, ejercer control e impartir instrucciones a la persona encargada de su asistencia.
- c) Recibir los servicios mediante contrato con empresa especializada o directamente con la persona encargada de la asistencia personal, en el que deberán constar las condiciones y directrices para la prestación del servicio y la cláusula de confidencialidad que se establezca.

Como requisitos para ser asistente personal entre otros, destacamos los siguientes: i) Ser mayor de 18 años. ii) Residir legalmente en España. iii) Reunir las condiciones de idoneidad para prestar los servicios derivados de la asistencia personal. Con la formación oficial determinada en todo el Territorio Nacional y

iv) Acreditar el cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social cuando la relación con la persona en situación de dependencia esté basada en un contrato de prestación de servicio⁴⁵⁹.

1.2. Ámbito subjetivo

Respecto al ámbito subjetivo, observamos dos cuestiones a tener en cuenta⁴⁶⁰: La primera, es la referente a la edad de la persona beneficiaria. El Anteproyecto de Ley de Dependencia excluía de esta prestación a los mayores de 65 años, exclusión que fue eliminada a raíz del dictamen del Consejo de Estado. Parecía que la promoción de la vida independiente requería de un asistente personal para la vida laboral (y educativa), por lo que fuera del ciclo vital laboral y formativo la figura del asistente carecía de sentido. Sin embargo, finalmente, no se limitó a esa edad, porque la vida laboral y educativa puede desarrollarse por encima de los clásicos 65 años.

Grado de dependencia. La redacción originaria de la Ley 39/2006 limitaba esta prestación a quienes tuvieran reconocido el Grado III de dependencia (Gran Dependencia). Con el RDL 20/2012 se amplió a todos los grados de dependencia contemplados en la Ley (Grado III, II y I) (tal y como se contempló en la Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia).

El Libro Blanco, también parecía comulgar con esta visión restrictiva, al señalar que “Las personas con una grave discapacidad presentan otra serie de necesidades, además de las específicas de la vida diaria limitar”, lo que posiblemente dio lugar a que cuando se reguló la prestación se hiciera de forma excluyente para los grados II y I.

El Decreto de Andalucía plantea este ámbito subjetivo desde dos vertientes:

⁴⁵⁹ En lo referente al régimen de compatibilidad en materia de prestaciones, destacamos que la prestación económica de asistencia personal sólo es compatible con el Servicio de Teleasistencia, cuando hablamos de personas en situación de dependencia.

⁴⁶⁰ Maldonado Molina, J.A., «Configuración jurídica de la figura del asistente personal», *op. cit.*, p. 38.

- Por un lado, determina una serie de requisitos que ha de cumplir la persona beneficiaria que son los siguientes⁴⁶¹:
 1. Haber sido valorada como dependiente en cualquiera de sus grados.
 2. Tener tres o más años.
 3. Desarrollar o estar en disposición de llevar a cabo un proyecto de vida independiente a medio y largo plazo (en un plazo no inferior a un año) que permita a la persona en situación de dependencia llevar una vida autónoma y una participación relevante en la comunidad de forma habitual y regular desarrollando actividades que redunden en su desarrollo personal, laboral, social y comunitario.

- Por otro lado, se proclama:
 4. Que la persona beneficiaria requiera apoyo para desarrollar actividades dentro del ámbito educativo, laboral, de ocio y/o de participación social u otros apoyos previstos en su proyecto de vida.

 5. Capacidad de decisión y/o autodeterminación para señalar los servicios que requiera, ejercer su control e impartir las instrucciones necesarias. Excepcionalmente, pueden ser beneficiarias de la prestación aquellas personas que necesiten apoyo en la toma de decisiones, para las que la asistencia personal resulte una herramienta imprescindible en el acceso al empleo o a la formación, con el fin de potenciar su autonomía personal, durante el tiempo necesario para ello.

1.3- Finalidad de la prestación

El objetivo de la prestación es “contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas”. No se trata de que el SAAD suministre el servicio de asistencia personal (que podrá recibirse fuera o dentro del Sistema, obviamente), sino de ayudar económicamente a la adquisición del servicio. En este sentido, téngase en cuenta que –tras la reforma introducida por el RD 1050/2013, de 27 de diciembre- no es una prestación económica, sino que forma parte de la nueva categoría híbrida llamada “Servicios a través de prestaciones económicas” (donde se incluyen la prestación económica de asistencia personal, y la prestación económica vinculada). Ello no quiere decir que esta prestación financie en su totalidad el servicio, sino que contribuye a su

461

https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/21/06/Proyecto%20de%20Decreto%20%20tras%20Observaciones%20ASSDA.pdf

contratación⁴⁶². La cuantía mensual de estas prestaciones híbridas se establece en función del coste del servicio y la capacidad económica, de conformidad con la siguiente fórmula matemática (Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia):

$CPE = IR + CM - CEB$, donde:

- CPE: Cuantía de la prestación económica.
- IR: Coste del servicio.
- CM: Cantidad para gastos personales de la persona beneficiaria para cada tipo de servicio, referenciada, en su caso, al 19% del IPREM mensual.
- CEB: Capacidad económica de la persona beneficiaria.

La cuantía establecida en el contrato suscrito por la persona beneficiaria, en concepto de contraprestación del asistente personal, no podrá ser inferior a la cuantía máxima establecida reglamentariamente para la respectiva prestación. Todo el importe irá para la contratación, pero sin que necesariamente la cuantía de la contraprestación se cubra íntegramente con la prestación.

Siguiendo el parangón con la Comunidad de Andalucía, se establece que las medidas de Políticas Sociales y Servicios Esenciales, recogen la propuesta de actuación para las personas a las que se le haya reconocido la necesidad de ayuda de tercera persona y que necesiten de varias acciones encaminadas a potenciar los servicios de atención domiciliaria para las personas en situación de dependencia, priorizando la asistencia personal, en particular, en aquellos casos en los que la persona tenga un proyecto de vida independiente.

En estos momentos, se ha valorado y tenido en cuenta, las reivindicaciones del movimiento asociativo, desarrollando el marco jurídico del asistente personal y la modalidad del pago directo de la persona beneficiaria a quien realiza la asistencia personal, añadiendo un nivel adicional de protección a la financiación estatal de la prestación económica, a fin de mejorar la autonomía de las personas beneficiarias. Así, en el documento ut supra referenciado, el CERMI⁴⁶³, retoma la necesidad de acometer varias reformas esenciales:

⁴⁶² Maldonado Molina, J.A., «Configuración jurídica de la figura del asistente personal», *op. cit.*, p. 38.

⁴⁶³ Aprovechamos para poner encima de la mesa una nueva significación de su acrónimo como CERMI= Comité Español Representante de Movimientos Inclusivos. Bien podía ser esta su nueva nomenclatura que coincida con los avances actuales.

- La enunciación de los principios inspiradores de la norma y el establecimiento del catálogo de derechos reconocidos a las personas en situación de dependencia acogidas a la Ley;
- La revisión del artículo 29, relativo al proceso de adopción del programa individual de atención de la persona en situación de dependencia.

En relación con el artículo 3 de la Ley 39/2006, se sugiere como modificación la de incorporar un nuevo principio informador, (con la letra que corresponda), de acuerdo con esta redacción:

- a) La libertad de elección de las personas en situación de dependencia respecto de las prestaciones y servicios de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley.
- b) Dotar de valor jurídico práctico sus disposiciones de desarrollo, a fin de respetar en la máxima extensión posible sus decisiones, preferencias y opciones de vida.

En cuanto al artículo 4 de la ley 39, sobre Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia, establece que Por un lado, el colectivo tiene derecho, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma. Por otro lado, deben disfrutar de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes:

- a) A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.
- b) A recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia.
- c) A ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, de la persona en situación de dependencia o quien la represente.
- d) A que sea respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- e) A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.
- f) A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.
- g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.

h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.

i) Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.

j) A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo. En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal.

k) A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley.

l) A no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual.

Nuestra propuesta, consiste también en incluir una nueva letra, la m), con el texto que aparece a continuación sobre el derecho

m) A decidir libremente, contando, en su caso, con los apoyos necesarios para ello, en materia de servicios y prestaciones del Sistema que, razonadamente, más se ajusten a sus criterios y preferencias, dentro del marco general establecido en la Ley.

Se determina , por tanto, que *Los* poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia.

Como contraprestación a esta promoción social, las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las administraciones competentes para la valoración de su grado de dependencia, a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas y a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente⁴⁶⁴.

En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un PIA en el que se

⁴⁶⁴ Número 4 del artículo 4 redactado por el número uno del artículo 22 del R.D.-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad («B.O.E.» 14 julio). Vigencia: 15 julio 2012.

determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente.

Las propuestas que se sugieren, desde este trabajo, son entre otras, las siguientes⁴⁶⁵:

A) Artículo 29. En lo referente al Programa Individual de Atención.

1. En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales competentes del sistema público, de común acuerdo con la persona beneficiaria, establecerán un PIA en el que se determinarán las modalidades de atención y apoyo más adecuadas a su situación y necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel.

2. A tal fin, la persona beneficiaria, o sus representantes legales, con carácter previo, planteará libremente sus preferencias en cuanto a los servicios y prestaciones deseados, que constituirán la base de partida del Programa Individual de Atención, el cual será objeto seguidamente de negociación con los servicios sociales.

3. En caso de acuerdo entre las partes, los términos del mismo se reflejarán en el PIA y, si no se alcanzase un consenso, prevalecerá la propuesta de Programa Individual de Atención de los servicios sociales, que deberá estar lo más próxima posible a las preferencias de la persona beneficiaria, quedando a salvo siempre el derecho de ésta a impugnar administrativa o jurisdiccionalmente las decisiones que le sean desfavorables por no respetar su derecho de libre opción.

4. Los servicios sociales tendrán que justificar motivadamente aquellas decisiones que se aparten de las preferencias de la persona beneficiaria. Continúa Pérez entre el precepto vigente y la de propuesta de cambio, advirtiendo como más notables estas diferencias: Por un lado, La confección del Programa Individual de Atención dejaría de ser una decisión unilateral de los servicios sociales, a lo sumo meramente consultada, para pasar a resultar el producto de un acuerdo, que vendría precedido de una negociación entre partes. Bilateralidad/Equilibrio de posiciones.

⁴⁶⁵ Pérez Bueno, Luis Cayo (Director): "Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones", en Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa Berra, CERMI/Ediciones Cinca.2010

Por otro lado, se amplía la libertad de opción al basarse el Programa Individual de Atención, como elemento configurador inicial, en las preferencias expresadas por la persona beneficiaria, dentro, huelga decirlo, del margen de maniobra que permite el catálogo de servicios y prestaciones”.

B) Libertad de opción extensa.

Para terminar y en lo referente a que las discrepancias entre las partes persistan, a pesar de la negociación, creemos importante varias cuestiones:

La Primera, la necesidad de proponer un medio de solución de conflictos extrajudicial. En este sentido pensamos que el Arbitraje, debe considerarse como medio de solución de discrepancias entre las partes con un procedimiento rápido y garantista⁴⁶⁶.

En definitiva, podemos advertir cómo los cambios formulados se dirigen hacia el fortalecimiento a de la persona que necesita de los servicios y prestaciones para su autonomía. Para ello, se deberán garantizar la libre opción y su entendida manifestación por parte de los agentes que intervienen en el proceso. Tiene que haber una respuesta por parte del sistema, para que los apoyos no sean brindis al sol, sino medios de comunicación y entendimiento para personas con diferentes capacidades. Sólo así, creemos que se puede aspirar a tener un equilibrio entre la Administración y los administrados en los procedimientos en los que los derechos de las personas se vean tramitados junto al poder exclusivo de decisión.

La finalidad no es otra que aspirar a la superación del modelo vigente, que es impersonal y de listas cerradas para dar cabida a un mayor equilibrio, en el que se puede verificar de modo más efectivo el derecho a la libertad de elección de la persona con discapacidad y trasladarlos a la acción legislativa como parte de los desafíos públicos inherentes a los actuales marcos normativos europeos.

Como ejemplo, destacamos la existencia en Andalucía desde el año 2016, codisa predif tiene en marcha su Servicio Integral de Asistencia Personal en Andalucía (SIAP Andalucía).

⁴⁶⁶ Montañez Heredia, S “ “La resolución extrajudicial de conflictos en materia de discapacidad: creación e impulso de un sistema arbitral digno y actualizado”. Congreso Internacional Procedimientos Alternativos de Solución de Conflictos. Granados Romera, M.I. y González de Patto, R.M.(Dir.). Vida Fernández, R (coord.). Universidad de Granada.2019

La organización, a través de este programa, presta el servicio a personas con discapacidad de la comunidad de forma privada y también como entidad cogestora en colaboración con la Consejería de la Junta de Andalucía dedicada a esta competencia de derechos sociales.

Hay una serie de requisitos tanto para las personas usuarias de SIAP Andalucía como para las personas asistentes:

Los requisitos para la persona usuaria vienen establecidos en torno al reconocimiento oficial de algún grado de dependencia junto con el hecho de poseer capacidad para la toma de decisiones) está dedicado a personas con movilidad reducida, principalmente= elección del perfil del asistente, transmisión de instrucciones sobre desarrollo del servicio y sobre el modo en el que el asistente realizará las tareas.

Entre los requisitos para la persona asistente destaca el de la mayoría de edad junto con la residencia legal en España. Además, deberá poseer condiciones de idoneidad para prestar el servicio de Asistencia Personal. y tener afiliación y alta en la Seguridad Social.

Como conclusión, proponemos la necesidad de dotar de formación e Información a quien presta el servicio, así como el hecho de un código en el catálogo nacional de ocupaciones y en el régimen de la seguridad social que determine la inclusión profesional y colegiada de estos asistentes personales.

Así, podemos referir la Ley 22/2021, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 establece las cuantías para dicho año de los subsidios económicos contemplados en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, manteniendo la misma cuantía que en el ejercicio anterior para los Subsidios de Garantía de Ingresos Mínimos y por Ayuda de Tercera Persona.

Sin embargo, la citada Ley y el Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022, regulan la revalorización de la cuantía del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.

Asimismo, con el fin de mantener el poder adquisitivo de los beneficiarios del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte, antes del 1 de abril de 2022 se abonará una paga adicional por una cantidad equivalente a la diferencia entre el importe del subsidio percibido en 2021 y el que hubiera percibido si su cuantía se hubiera revalorizado en un 1,60 por 100 más, que es la

diferencia entre el porcentaje de revalorización general del 0,9 por 100 aplicado a las pensiones en 2021 y el valor medio de los incrementos porcentuales interanuales del IPC de los meses de diciembre de 2020 a noviembre de 2021, que ha sido del 2,5%.

Las cuantías de los subsidios económicos para 2022 son las siguientes⁴⁶⁷:

Subsidio	Cuantía anual	Cuantía mensual
SGIM	2.098,04 €	149,86 €
SATP	818,30 €	58,45 €
SMGT	864,00 €	72,00 €

Otra novedad respecta a la normativa andaluza proyecta, en este sentido es la introducción del denominado “Proyecto de Vida Independiente”, que ya hemos hablado en los capítulos iniciales y que sirve de derecho fundamental y como requisito de presentación para que la finalidad de la prestación sea determinante desde su diseño hasta su consolidación.

Podemos distinguir, junto a esto, varios conceptos y así determinar el contenido de varios de ellos:

1. Asistencia personal: es el servicio prestado por un o una asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, con el fin de fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal.

2. Programa Individual de Atención: es el documento donde se determina la modalidad o modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades de la persona en situación de dependencia de entre los servicios y prestaciones económicas previstos para su grado de dependencia, con la participación y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas, por parte de la persona, su familia o entidades tutelares que le representen.

3. Proyecto de vida independiente: es el instrumento mediante el que la persona en situación de dependencia identifica el conjunto de actuaciones que quiere desarrollar mediante el apoyo

⁴⁶⁷https://www.imserso.es/imserso_01/prestaciones_y_subvenciones/prestaciones_lismi/actualizacion_prestaciones/index.htm#:~:text=%C3%9Altima%20actualizaci%C3%B3n%3A%20mi%C3%A9rcoles%2C%2026%20de%20enero%20de%202022

de la asistencia personal, con una propuesta de tareas y número de horas. En caso de contratación directa, el documento podrá incluir los datos referentes a la persona que se propone como asistente personal.

4. La asistencia personal: es una prestación destinada a contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la contratación de personas o de un servicio de asistencia personal que, bajo la dirección de la persona en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados, o de su representante, facilite su acceso al empleo, a la formación, al ocio o a la participación social, con el fin de fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal.

La promoción de la autonomía personal, puede abarcar una gama variada de apoyos, en función de las necesidades concretas que presente cada persona en atención a su grado de dependencia, entorno familiar y preferencias personales. Podrá consistir en la realización de actividades relacionadas con la atención personal, acompañamiento y soporte a actividades dentro y fuera del hogar, así como aquellas otras de análoga naturaleza que formen parte del proyecto de vida independiente de la persona en situación de dependencia.

5. De acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, los servicios de asistencia personal estarán dirigidos a prestar a las personas beneficiarias los siguientes apoyos:

- a) Apoyo en materia de higiene, alimentación, mantenimiento de la salud y autocuidados.
- b) Apoyo en tareas domésticas.
- c) Apoyo en desplazamientos.
- d) Apoyo en la comunicación.
- e) Apoyo en el contexto laboral.
- f) Apoyo a la formación profesional.
- g) Apoyo a la asistencia a la enseñanza y de investigación.
- h) Apoyo en contextos culturales, de ocio y deporte.
- i) Apoyo en actividades de mejora de la empleabilidad.
- k) Apoyo a la participación comunitaria y ciudadanía.
- l) Apoyo en el desarrollo de actividades especiales mutuamente acordadas.

Concluimos como necesidad imperiosa la de unificar los contenidos de estos requisitos bajo la protección social y la concreción de la relación del asistente bajo el paraguas de la contratación ya sea por Entidad Pública, ya sea por contrato con persona autónoma especializada en la materia y con el acreditamiento oportuno.

En lo que respecta al nivel tributario, las prestaciones constituyen rendimientos del trabajo en el momento de su percepción por las personas

discapacitadas. La misma calificación procederá en caso de disposición anticipada de los derechos consolidados.

Las prestaciones en forma de renta están exentas hasta un importe máximo de 3 veces el IPREM (límite: 22.558,77 €). El límite de hasta 3 veces el IPREM se aplica de forma individual y separada con los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos de personas con discapacidad.

1.4. Régimen de Incompatibilidades

La PEAP, es Incompatible con todos los demás servicios y prestaciones, Es Compatible con el servicio de teleasistencia, los servicios de Ayuda a domicilio, Centro de Día y de Noche y Atención Residencial, durante el período vacacional de la persona asistente. No obstante, el art. 16.3 RD 1051/2013 prevé que las Administraciones públicas competentes puedan establecer la compatibilidad entre los servicios de ayuda a domicilio, centro de día y de noche, prestación de cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y asistencia personal. Y además las CC.AA., podrán establecer un régimen propio de compatibilidades con cargo al nivel adicional de protección⁴⁶⁸

En base a esto, el Decreto de Andalucía, se ha planteado que la prestación económica de asistencia personal sea incompatible con los demás servicios y prestaciones económicas, con excepción de los servicios de teleasistencia, ayuda a domicilio, prevención y promoción de la autonomía personal, de conformidad con el artículo 25 bis.3 de la Ley 39/2006, de 14 diciembre.

1.5. El Servicio de Asistencia Personal

La normativa estatal no concreta qué se debe entender por el servicio de asistencia personal. El artículo 2 Ley 39/2006 recoge la definición de “asistencia personal” en su número 7, señalando que por tal debe entenderse el “servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal”.

¿dónde podemos incardinarlo? Puede inferirse parte de su contenido, al ponerlo en relación con las demás prestaciones del SAAD, en particular con el régimen de incompatibilidades que acabamos de referir.

⁴⁶⁸ (art. 16.4 RD 1051/2013).

El art. 23 Ley 39/2006 el SAD incluye servicios relativos a la atención de las necesidades domésticas o del hogar (limpieza, lavado, cocina y otros) pero también servicios relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria.

Por lo tanto, el que sea incompatible con el SAD da una pista de qué debe comprender el servicio de asistencia personal. Y es que, si el perceptor de la prestación de asistencia personal no puede ser beneficiario del SAD, es porque éste se subsume en aquél. Si el contenido fuera completamente distinto, lo razonable es que fuesen compatibles, actuando como complemento uno del otro, pero no lo son.

Creemos que el RD-L 20/2012, de 13 de julio, vinculó ambos tipos de servicios, llevando a una confusión en las tareas de lo esencial de la AP ya que no podían prestarse de forma separada.

Con acertado criterio, esta restricción se matizó con la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para 2013, que añadió una salvedad: excepcionalmente y de forma justificada, los servicios de atención a las necesidades domésticas y los de atención personal podrán prestarse separadamente, cuando así se disponga en el Programa Individual de Atención.

Por tanto, podemos decir que son dos visiones las que se ponen en evidencia en estos momentos: i) Cuando se refleja la AP desde el Sistema y Segundo, cuando se proyecta desde la Autonomía personal. Desde el Primero, El sentido último de la asistencia personal es ofrecer un servicio personalizado y adicional al que se contempla con el SAD. Por ello, será condición para la prestación de asistencia personal el que el dependiente tenga necesidades que no queden satisfechas por el SAD, necesidades que pueden ser de la esfera de las ABVD (que requieran una mayor intensidad que la cubierta por el SAD), o de la esfera educativa o laboral. En coherencia con lo anterior, a diferencia del SAD, el servicio de asistencia personal podrá prestarse tanto dentro del domicilio como fuera de éste. Este es el segundo sentido de esta prestación, llegar a que la persona haga realidad su autodeterminación

Concluyendo, fuera de estas cuestiones, no contempla la normativa estos otros aspectos. Ni el contenido de la asistencia personal, ni los requisitos, porque en última instancia la Ley no tiene por qué hacerlo. La Ley 39/2006 lo que visualiza, es una ayuda económica para la contratación de un asistente personal, pero sin que el SAAD prevea ese servicio como propio, transversal y finalista.

ii) La necesidad de concretar la prestación o el servicio, para ello, requieren de un documento elaborado por la persona usuaria que sirve para personalizar e

individualizar la intensidad con que debe prestarse la asistencia, en función del estilo de vida que desarrolle cada persona.

Varias conclusiones podemos decir que las obligaciones de las personas beneficiarias serán las siguientes:

1. Las personas beneficiarias de la prestación están sujetas a las siguientes obligaciones:

a) Destinar la cantidad recibida a la contratación de la asistencia personal, justificando su aplicación.

b) Facilitar toda la documentación que se les requiera y resulte necesaria para reconocer o mantener el derecho a la prestación.

c) Comunicar a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía cualquier variación de circunstancias que puedan afectar al derecho, al contenido o a la cuantía de la prestación económica.

d) Presentar original o copia compulsada del contrato firmado con la persona encargada de la asistencia personal o, en su caso, con la empresa prestadora del servicio. Este requisito podrá acreditarse, si fuera necesario, con posterioridad a la resolución del Programa Individual de Atención. En tal caso, la efectividad de la prestación quedará condicionada al momento de dicha acreditación.

e) En caso de contratación directa, cumplir con las obligaciones legales, exigibles, respecto de la persona encargada de la asistencia personal, durante el tiempo que sean beneficiarias de la prestación, particularmente, en materia de derechos de las personas trabajadoras y de Seguridad Social. En ningún caso, la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía(en adelante ASSDA) o la Consejería competente en materia de Servicios Sociales, serán responsables solidaria o subsidiariamente por el incumplimiento de dichas obligaciones.

2. La persona beneficiaria del servicio de asistencia personal, autorizará a la Administración competente, a que realice las intervenciones técnicas necesarias en el domicilio, tanto iniciales como de seguimiento, orientadas a comprobar que la atención se presta realmente y que es adecuada a las necesidades de la persona en situación de dependencia.

Para todo ello, la documentación a aportar a la Administración Pública, para que se pueda elaborar la propuesta de PIA, debe reflejar no sólo la información, sino la participación de la persona beneficiaria ab initio de su constitución y, para ello, se debe presentar:

a) Un Proyecto de vida independiente viable, conforme al modelo establecido, que recoja entre otros aspectos, el conjunto de actividades que

requiere desarrollar mediante el apoyo de la asistencia personal en función de sus necesidades y preferencias personales, la propuesta de tareas a desarrollar, detallando la intensidad requerida, horario y distribución del mismo.

En caso de contratación directa, el documento podrá incluir los datos referentes a la persona que se propone como asistente personal.

b) Fotocopia del certificado o título que acredite la cualificación profesional del asistente personal (en caso de haberlo elegido).

c) Fotocopia del contrato laboral o mercantil formalizado para la prestación del servicio de asistencia personal (en caso de haberlo elegido).

Proponemos el seguimiento de la aplicación de la prestación, por ejemplo, a través de órganos integrados en la organización pública:

1. La ASSDA, Podría llevar a cabo el seguimiento de las prestaciones de asistencia personal reconocidas al objeto de verificar el mantenimiento o modificación de las condiciones y requisitos tenidos en cuenta para el acceso a las mismas, así como el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de las personas beneficiarias. A tales efectos, se podrán realizar las comprobaciones que resulten necesarias.

2. Específicamente, se podrán realizar seguimientos aleatorios al objeto de comprobar que persisten las condiciones de acceso al servicio o la prestación económica, garantizar la calidad de los cuidados, y detectar o prevenir posibles situaciones de desatención. Así mismo, podrán realizarse seguimientos de oficio cuando concurren circunstancias específicas que así lo aconsejen.

3. Las actuaciones de seguimiento no interrumpirán el derecho a continuar recibiendo las prestaciones reconocidas, salvo cuando se obstruyan las pertinentes actividades de comprobación, en cuyo caso podrá acordarse su suspensión cautelar.

4. El resultado del seguimiento podrá dar lugar, en su caso, a los procedimientos de revisión de oficio correspondientes, así como a la suspensión o extinción de las prestaciones.

5. En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales competentes del sistema público, de común acuerdo con la persona beneficiaria, establecerán un PIA en el que se determinarán las modalidades de atención y

apoyo más adecuadas a su situación y necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel⁴⁶⁹.

A tal fin, la persona beneficiaria, o sus representantes legales, con carácter previo, planteará libremente sus preferencias en cuanto a los servicios y prestaciones deseados, que constituirán la base de partida del PIA, el cual, será objeto seguidamente de negociación con los servicios sociales. En caso de acuerdo entre las partes, los términos de este se reflejarán en el mismo.

Si no se alcanzase un consenso, prevalecerá la propuesta de los servicios sociales, que deberá estar lo más próxima posible a las preferencias de la persona beneficiaria, quedando a salvo siempre el derecho de ésta a impugnar administrativa o jurisdiccionalmente las decisiones que le sean desfavorables por no respetar su derecho de libre opción. Los servicios sociales tendrán que justificar motivadamente aquellas decisiones que se aparten de las preferencias de la persona beneficiaria. Esta mutación hacia la humanización del Sistema es imprescindible cuando hablamos en términos de calidad y atención personalizada.

2. PRESTACIONES QUE INDIRECTAMENTE ATIENDEN ESA SITUACIÓN DE NECESIDAD

El contenido de este apartado se basa en la parte séptima de la Obra Colectiva que sirve de leitmotiv a esta investigación y en la que tuve el honor de participar⁴⁷⁰. Se va a integrar aquí, otros mecanismos de protección de situaciones de necesidad. En ella, desarrollo el siguiente contenido. En España, el Denominado Sistema de la Dependencia, es relativamente moderno, aunque su encuadre en el ámbito de la seguridad social o fuera de ella, suscitó varias postulaciones doctrinales debido a su naturaleza.

⁴⁶⁹ Si bien los poderes públicos no pueden permanecer ajenos a su existencia, se requiere de una inmediatez en la reacción de este Gobierno que solo puede lograrse a través de este instrumento normativo.

⁴⁷⁰Montañez Heredia, S. Parte 7ª: Otros Sistemas y Mecanismos de Protección Social y Jurídica de las Personas con Discapacidad: “ *El Sistema de Dependencia. Adecuación de las Prestaciones Económicas a las Personas con Discapacidad. Especial Referencia a la Prestación de Asistencia Personal*” La Protección Jurídico-Social De Las Personas Con Discapacidad. Un Enfoque Integral y Exhaustivo. José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida, Antonio Márquez Prieto, Francisco Vila Tierno, Juan Antonio Maldonado Molina (direc.). Belén del Mar López Insua y José Luis Ruiz Santamaría (coords.). Ed. Laborum. Murcia 2021.

En el primer sentido y desde el punto de vista jurídico-material, nos encontramos ante una estructura no autónoma, sino apoyada en el resto de las estructuras del Estado, como sanidad y seguridad, principalmente.

Junto a ello y debido al aspecto asistencial de sus prestaciones, se extiende una gran corriente doctrinal que llega a la conclusión de que “se puede afirmar que es Seguridad Social con independencia del hecho de que no forme parte del Sistema Administrativo institucional de la Seguridad Social⁴⁷¹, pudiendo afirmarse que “todo este entramado de servicios y prestaciones” deben entenderse que es “interno al sistema de Seguridad Social”⁴⁷². En sentido opuesto se argumentaba, que se pretendió establecer un Sistema independiente desde el punto de vista institucional y funcional, creando un nuevo Sistema apoyado en su mayoría en estructuras existentes para las personas beneficiarias del mismo.

Es evidente la interrelación con Europa que resurge desde el derecho comunitario a través de la Convención, como sabemos,⁴⁷³ entrando a formar parte plenamente de nuestro ordenamiento jurídico.

Es necesario advertir que, en el marco global de la materia, se deben tener en cuenta aspectos que van más allá del propio SAAD y que resulta necesario abarcar desde tres niveles que conexas forzosamente: - el nivel individual (del que nace el derecho subjetivo contemplado), - el nivel sistémico (del que nace el reconocimiento de la prestación y/ o servicio) y - el nivel social (la inclusión como objetivo de igualdad).

Esto, no sólo fundamenta la transdisciplina en la aplicación de los derechos, sino una intervención cuyas soluciones son planteadas desde la perspectiva humana-institucional en su totalidad y al compromiso garante por parte de las administraciones públicas, los operadores jurídicos y el tercer sector⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Monereo Pérez, Molina Navarrete, Moreno Vida, Maldonado Molina y González de Patto, 2007, p.65

⁴⁷² Cabeza Pereiro, 2006, 528

⁴⁷³ Por Resolución de 7 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales de España, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 22 de febrero de 2019, por el que se establece el día 3 de mayo como Día Nacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

⁴⁷⁴ Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1º de la Constitución Española (en adelante, CE) y en el art. 1.5 del Código Civil (en adelante, CC) la Convención pasa a formar parte de nuestro Derecho positivo, debiendo incluso ser un amparo interpretativo de las normas internas por mor del art. 10.2 de la Constitución Española.

Los mecanismos contemplados para la discapacidad entran en el tratamiento jurídico de los ajustes razonables y, para el ámbito de la dependencia se centran en la entrevista con la persona beneficiaria y su familia dentro del procedimiento de cara a concretar su PIA.

Desde esta perspectiva basada en los derechos civiles, económicos, sociales, políticos o culturales, el derecho a la vida independiente) y el nivel de beneficio proporcionado debe ser el adecuado a la persona titular de los derechos y no asumir tan sólo unos fundamentos meramente administrativos que aparecen en las resoluciones finales y que, a veces, bien podían calificarse en algunos casos como “de rodillo”, al verse el Sistema sobrecargado.

Por otro lado, cuando la ubicación de las necesidades de una prestación para asistencia personalizada se plantea desde el Sistema de la Dependencia y sus presupuestos públicos, resulta difícil conseguir la unanimidad en la configuración teórico-práctica, tanto para la cuantía adecuada, como para determinar el número de horas de la prestación reconocida. La cuestión es que A.P., además, no es consecuencia de enfermedad, como pueda ser el cuidado en el entorno familiar, sino que estamos hablando de una prestación que tiene como finalidad la promoción de la autonomía personal hacia fuera del domicilio, con una naturaleza expansiva de la vida de la persona en comunidad y en condiciones de igualdad.

A este sentido parece responder el art. 28 de la Convención, y el 19 cuando se ocupan del derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado y a la protección social de V.I., cuya desatención puntual ha dado lugar a importantes resoluciones judiciales que trataremos de analizar.

La Exposición de Motivos junto con el art.1 de la LAAD califican el reconocimiento del derecho subjetivo específico y lo fundamentan en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral a la ciudadanía, a la que se reconoce como beneficiaria de su participación en el Sistema, en condiciones de igualdad. A la suma anterior, por tanto, es esencial realizarle la multiplicación por el todo de la variable de la singularidad y es que no debemos olvidar que la intervención con estos colectivos debe ir encaminada a garantizar el control de la propia vida, a determinar de qué manera se hace la toma de las propias decisiones y cómo se interrelacionan con el sistema público de los derechos y servicios sociales (en adelante SS.SS.).

La dependencia y la discapacidad dejan así, en teoría, de tener entidad abstracta, eterna e invariable, para convertirse en una relación susceptible de ser

transformada e incluso, con la intervención apropiada, de tener libertad asociada a cada persona.

Junto a ello, la protección jurídica se debe plantear desde una actitud transformadora de las relaciones entre las personas y sus diversas vidas cotidianas.

La valoración de la situación de dependencia, a través de los Órganos de Valoración de las CC.AA.; las resoluciones de los procedimientos que determinan el contenido de los derechos junto a la gestión de las prestaciones económicas y/o servicios establecidos en la ley⁴⁷⁵.

A los Servicios Sociales Comunitarios del Municipio de residencia y a instancia de la de la persona interesada, le corresponde iniciar la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y, en su caso, el derecho a prestaciones del SAAD (art.29). Estas funciones se pueden llevar a cabo, bien en un solo procedimiento por medio del reconocimiento y el PIA o, bien en dos fases, resultando dos resoluciones diferentes (una de reconocimiento y, tras ella, otra de fase de determinación del PIA). De este marco global, es fácil concluir que la gestión de los plazos no nace ni se hace por igual en nuestro país. Con la finalidad de llegar a una coordinación en la intervención entre las tres Administraciones más las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (que dependen del Insserso), se creó el Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD⁴⁷⁶.

En su reunión de 25 de enero de 2010, el Acuerdo en materia de órganos y procedimientos de valoración de la situación de dependencia, regula en el apartado tercero, punto 4 letra a) que el plazo máximo para el reconocimiento de la situación de dependencia será de tres meses. La Disposición Final Primera en su apartado segundo establece que, entre la fecha de entrada de la solicitud y la resolución del reconocimiento de la prestación de dependencia, el plazo máximo a transcurrir será de seis meses, independientemente que la Comunidad Autónoma haya establecido un procedimiento de diferenciación para el

⁴⁷⁵Montañez Heredia, S.: "El derecho a la autonomía personal como garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia". Revista Anales de la Fundación Derecho y Discapacidad, nº. 2, 2017, p.s. 63-86.

⁴⁷⁶ El Consejo, nace en el marco de lo establecido en los arts. 145 a 152 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, fue creado por el art. 8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. La disposición adicional novena del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad, le otorgó su actual denominación y constitución.

reconocimiento de la situación de dependencia y otro para el reconocimiento de prestaciones o servicios⁴⁷⁷.

2.1 Ámbitos objetivo y subjetivo

El marco de aplicación se materializa desgranando dos conceptos, la dependencia, es definida en art. 2 de la LAAD, como: “Estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria...” (en adelante ABVD).

Para el segundo concepto, la discapacidad, el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDPD es definida como:....”una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

Estos reconocimientos, generan en las Administraciones Públicas (en adelante AA.PP.) la obligación de procurar la mayor calidad de vida de estos colectivos, así como de garantizar un ejercicio eficaz de los derechos inclusivos dentro del Sistema.

En lo que respecta a la determinación de las prestaciones, en la dependencia, la valoración se refiere a varias escalas, en concreto, 3 tipos:

- 1ª. La que podemos denominar valoración de la dependencia más general, que está regulada en el R. D. 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de la situación de dependencia establecido por la LAAD.

- 2ª. Junto a ella, existe la dependencia de menores de 3 años con una escala de valoración específica (en adelante EVE) de la Resolución de 25 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de SS.SS. e igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD⁴⁷⁸ sobre criterios comunes, recomendaciones y condiciones mínimas de los planes de atención integral a menores de tres años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla.

⁴⁷⁷ Para el procedimiento administrativo se estará a lo previsto en la Ley 39/2015, de 21 de octubre, del Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas.

- 3ª. Como situación que podemos denominar de “asimilada a la dependencia” y que según la disposición adicional 1ª del RD 174/2011, la poseen aquellas personas que tengan reconocido el grado de gran invalidez o la necesidad de concurso de otra persona tras el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que se verá en el siguiente apartado.

Consideramos que es importante resaltar una cuestión que es trascendental en este ámbito subjetivo de aplicación de la ley, y que, se puede calificar, si se me permite la expresión, como de dislate jurídico. La referencia lo es a la desacertada redacción en el art. 2 de la LAAD in fine al decir que, también “es dependencia el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, que necesiten de otros apoyos para su autonomía personal!.

Es ciertamente alarmante el hecho de que en la clasificación de la dependencia se pongan los apoyos. Los apoyos para la autonomía difícilmente pueden describirse como dependencia, más aún cuando la propia ley establece una serie de prestaciones y servicios en su catálogo para promocionar la autonomía personal, siendo posible hacerlo mediante los apoyos. Igualmente nos llama la atención el hecho de que se mencionen estos tipos de discapacidades solamente. Sin dudarlo, este artículo se ha visto impregnado del estigma de las personas con discapacidad mental y las que tienen discapacidad intelectual, haciendo de la accesibilidad cognitiva y de los tratamientos farmacológicos unas barreras para la inclusión carentes de todo sentido.

Desconocemos la causa de esa inclusión y ciertamente, en este punto, resulta difícil explicar que los apoyos para esos tipos de discapacidades sean considerados por ley constitutivos de la dependencia y no promotores de autonomía personal y es más, también podía interpretarse como discriminación por razón de discapacidad frente a las otras discapacidades como son las físicas, orgánicas o sensoriales y los apoyos a su autonomía, pues por agravio comparativo son excluidos del derecho a vivir de forma independiente por razón del tipo de discapacidad.

Consideramos que es una antinomia jurídica importante y que debería ser suprimida en la próxima reforma que se haga de la LAAD que, dicho sea de paso, se hace necesario en estos momentos.

Siguiendo con el texto legal, son titulares de los derechos establecidos en el SAAD:

- Las personas de nacionalidad española y las personas extranjeras en situación de dependencia que cumplan los requisitos básicos, que son los siguientes:

- Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos.

- Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años, el período de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia.

- Las personas emigrantes retornadas, deberán probar el periodo de residencia de cinco años en otro país, mediante certificado emitido por el consulado español en dicho país o a través de certificado del Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (PERE).

- Para los que carezcan de nacionalidad española y en virtud de lo regulado en el art. 5.2 de la Ley, se les aplicará lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Por su parte, en el artículo 14, estipula que las personas extranjeras con residencia legal en España tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que las personas de nacionalidad española.

El marco normativo para referir en este apartado y dentro del Sistema de la Dependencia, además de la LAAD que regula en su Capítulo II las Prestaciones del Sistema, en concreto en el art. 13 determinando su finalidad de promoción de la autonomía personal y en el art. 14 con la clasificación dual de prestaciones económicas y de servicios, es el siguiente:

- El RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que amplió a todos los grados el derecho a la Asistencia Personal. Que, entre otras cosas, suprimió la subdivisión de los mencionados grados en niveles y amplió la prestación de la Asistencia Personal a todos los grados,

- La Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de SS.SS. e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia. -El Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, sobre la regulación del nivel mínimo de protección garantizado por la AGE, así como los criterios de su asignación y la forma y procedimiento de su abono a las CC.AA. En su art.4.2.c) Determina que todas las prestaciones del SAAD, incluida por tanto la A.P., tienen la consideración de prestaciones de

servicios (salvo la prestación de cuidados en el entorno familiar)⁴⁷⁹. Este R.D. también tiene por objeto la regulación de los servicios y las prestaciones económicas por grado de dependencia, y los criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios del catálogo establecido por la LAAD.

Asimismo, se regulan los traslados de personas beneficiarias entre CC.AA. y las Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla, el régimen de incompatibilidades de prestaciones, el reintegro de prestaciones y la protección de los españoles emigrantes retornados.⁴⁸⁰

-Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) y que ha derogado el art.72 de la anterior legislación con una aplicación transitoria en lo referente al Registro de Prestaciones Sociales Pública, según la LAAD en su D.A.5ª.

No se debe olvidar que, la “reactivación del nivel acordado en el desarrollo de las prestaciones entre el Estado y las CC.AA: se ha producido recientemente en la Ley Presupuestaria para 2021 puede ser un nuevo avance en la gestión de las prestaciones para el colectivo con discapacidad y, más si cabe, para los que tienen dependencia.

Según Rodríguez y Marbán⁴⁸¹, “El conjunto de las reformas introducidas a través de la Ley 20/2012, Leyes de Presupuestos Generales del Estado y otras normas, incidieron en una rebaja sustancial del gasto público destinado al SAAD.

La situación a mediados de 2022 muestra que algo más de dos tercios del total de prestaciones son prestaciones en servicios (68,6%), de las cuales destacan el servicio de ayuda a domicilio (SAD) con el 22,2%, el de teleasistencia (TA) con el 18,8% y el servicio de atención residencial (SAR) con el 15,4%. La prestación económica mayoritaria es la prestación económica de cuidados entorno familiar (PECEF) con casi el 31% del total. Cabe señalar que el número de prestaciones en servicios señalados en la tabla 5.1 incluye tanto los servicios prestados directamente por la administración autonómica como aquellos asignados mediante una prestación económica vinculada a un servicio (PEVS”). La prestación de Asistencia Personal supone el 0,5% con un total de 8.516. lo que

⁴⁷⁹ Con cuantías que serán revisadas y actualizadas en años posteriores, a través de Reales Decretos como el RD1082/2017, de 29 de diciembre.

⁴⁸⁰ -El Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre modificado por el RD 291/2015, de 17 de abril, que, en su art. Único, modifica el Anexo I anterior en lo referente a la “Intensidad del servicio de promoción de la autonomía personal para las personas en situación de dependencia”, en los términos que se verá más adelante

⁴⁸¹ Rodríguez Cabrero, G y Marbán Gallego, V (Coords.), Informe de Evaluación del Sistema de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (SAAD), Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, septiembre de 2022, pág. 84

muestra un peso pequeño en el conjunto de las prestaciones, alrededor de un 0,5% en el total de las prestaciones. No se observan cambios de tendencia entre 2011 y mediados de 2022. En cuanto al resto de prestaciones, es insignificante la proporción de la prestación económica de asistencia personal (PEAP) y la prestación para el desarrollo de la autonomía personal y prevención de la dependencia (PAPD) se sitúa entre el 4,6% del grado 2 y el 6,1% del grado 1, ya que muestra una tendencia al alza en los últimos ejercicios⁴⁸².

La A.P., en el estudio, se reproduce en el análisis como un recurso dotado por parte de las entidades del tercer sector, especialmente el colectivo de personas con movilidad reducida, siendo prácticamente inexistente en otros tipos como los de discapacidad intelectual. Junto a ello, la falta de un modelo de atención específico supone que sea tratado como servicio de ayuda al domicilio siendo necesario una jornada laboral más completa de cara a las actividades más allá del domicilio y una ejecución flexible y personalista. También se han puesto de manifiesto reservas importantes en cuanto a la formación que deben acreditar estos profesionales o en cuanto a sus funciones, no siempre adecuadamente delimitadas.

El necesario desarrollo y profesionalización del sector, es un ítem continuo necesitado de mejora sirviendo para ello las experiencias de las CC.AA: más avanzadas en materia de Asistencia Personal, esta última concentrada, fundamentalmente, en el País Vasco y Castilla y León.

Es la homologación en las exigencias del perfil y en las características del servicio lo que se echa en falta y necesita ser desarrollado pues además de una prestación, estamos hablando de un servicio. Por lo necesario y personal de la relación, el estudio se plantea la compatibilidad de la asistencia personal con el recurso de centro de día o residencial pues, por ejemplo, un intérprete de LSE o una asistencia para salir de paseo o de visita familiar. La razón es simple, pues estamos hablando de promoción de la autonomía de las personas con discapacidad y más aun las que tienen dependencia. Es necesaria la profesionalización del sector y la formación e información del trabajo a realizar para ambas partes.

2.2 El caso de Andalucía

En Andalucía. La Ley 5/2021, de 20 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, refrenda el compromiso público para el colectivo de las personas con discapacidad y sus familias.

⁴⁸² Estructura de las prestaciones de la LAPAD a 30/6/2022. Op.cit. p. 82-285

Hasta el año 2019, Andalucía se encontraba situada entre las comunidades autónomas con mayor presión fiscal para sus contribuyentes. Por ello, el nuevo Gobierno consideró necesario acometer, dentro de las limitaciones normativas que tiene el sistema tributario español para las comunidades autónomas, una reforma fiscal estructural que estimulase nuestra demanda interna, impulsando, sobre la base de una mayor disponibilidad de rentas, nuestro ciclo económico en el contexto nacional, a la par que atrajese fuentes de riqueza deslocalizadas de nuestro ámbito. Una reforma fiscal, en todo caso, guiada por un compromiso de rigor presupuestario que dotase de credibilidad al sistema y que se fundamentase en la confianza del inversor potencial, en la seguridad jurídica, la certidumbre, la simplicidad y la modernización del sistema. Todo ello con el propósito de situar a la economía andaluza en el lugar que le corresponde en España y en Europa.

Según la Exposición de Motivos, dicha reforma fiscal se inició rebajando la tarifa del impuesto sobre la renta de las personas físicas, estableciendo tipos de gravamen reducidos en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, y bonificando el impuesto sobre sucesiones y donaciones, y se siguió adoptando otras medidas como la reducción de la tarifa del impuesto sobre el patrimonio. De este modo, se ha minorado de manera considerable la citada presión fiscal sobre los contribuyentes andaluces. Los aspectos básicos son los siguientes:

I) Mediante esta Ley se continúa con el ambicioso cambio en el sistema tributario andaluz, basándose para ello en ocho pilares básicos:

- 1.- continuar con la bajada de impuestos iniciada en 2019;
- 2.- favorecer el acceso a la vivienda;
- 3.- desarrollar políticas sociales y de apoyo a las familias, especialmente a jóvenes, e incluyendo como colectivo de especial protección a las familias numerosas y a las personas que han sufrido violencia doméstica y de terrorismo;
- 4.- apoyar decididamente a las personas más vulnerables, como son las personas discapacitadas y, por tanto, implantando unas políticas de apoyo a las mismas;
- 5.- desarrollar políticas de empresa, dirigidas a atraer inversión, a garantizar la continuidad de nuestras empresas y con un decidido apoyo al empleo;
- 6.- incluir políticas medioambientales, complementando la fiscalidad medioambiental; implementar políticas destinadas a hacer frente al reto demográfico, con el fin de luchar contra la despoblación de determinados municipios, y, como colofón;
- 7.- desarrollar políticas de simplificación, eficiencia administrativa y
- 8.- transformación digital para facilitar la reducción de costes indirectos en el cumplimiento de obligaciones fiscales de ciudadanos y empresas.

II) La presente Ley, también recoge las medidas en materia de tributos cedidos que son directamente aplicables por los contribuyentes andaluces. Hasta la fecha de su aprobación, estas normas estaban recogidas en el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2018, de 19 de junio, que se ha visto modificado recientemente por el Decreto Ley 1/2019, de 9 de abril, así como por las tres Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los años 2019, 2020 y 2021, en las cuales también se introducen cambios en el citado Texto Refundido.

III) Además de incorporar la normativa antes citada y ya vigente en nuestra Comunidad Autónoma, la ley recoge modificaciones de importante calado en los diferentes tributos cedidos, respecto de los que la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencias normativas limitadas, con el objetivo primordial de dar cumplimiento a los pilares y fundamentos señalados en el expositivo primero.

De acuerdo con lo anterior, se aprueban medidas que afectan al impuesto sobre la renta de las personas físicas, al impuesto sobre el patrimonio, al impuesto sobre sucesiones y donaciones, al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, a la tasa fiscal sobre el juego y al impuesto especial sobre determinados medios de transporte, que suponen la reducción del gravamen de estos tributos cedidos, situando a Andalucía entre las comunidades autónomas con una fiscalidad más baja.

IV) Por lo que respecta al impuesto sobre la renta de las personas físicas, se anticipa al ejercicio 2022 la reducción de la escala autonómica del impuesto prevista actualmente a lo largo de los ejercicios 2019 a 2023, minorando el gravamen de los tramos de la escala, lo que beneficia a todos los contribuyentes.

V) Asimismo, se mejora la aplicabilidad de determinadas deducciones vigentes, incrementando el importe de las mismas, ampliando el ámbito subjetivo y, especialmente en las deducciones que tienen por objeto el desarrollo de políticas de protección de la familia, de las personas con discapacidad o de acceso a la vivienda, pudiendo con ello ser practicadas por un mayor número de contribuyentes⁴⁸³. En particular, se mejoran las siguientes deducciones del modo que sigue:

⁴⁸³ aumentando la cuantía del límite de las bases imposables general y del ahorro que permite la aplicación de estas (pasando de 19.000 euros a 25.000 euros en tributación individual y de 24.000 euros a 30.000 euros en tributación conjunta).

Asimismo, se suprime la referencia al IPREM que servía para determinar el límite de renta para el supuesto de inversión en viviendas protegidas, y se utiliza como límite de renta para ambas deducciones el sumatorio de la base imponible general y del ahorro, las cuales se incrementan respecto a las establecidas inicialmente para jóvenes⁴⁸⁴.

En lo que respecta a la deducción por cantidades invertidas en el alquiler de la vivienda habitual, se amplía el ámbito subjetivo a personas con discapacidad, personas mayores de 65 años, a personas víctimas de violencia doméstica, víctimas del terrorismo y personas afectadas, y se aumenta el límite de renta y el límite de deducción. De este modo, los jóvenes menores de 35 años, personas mayores de 65 años y personas víctimas de violencia doméstica y terrorismo podrán aplicarse una deducción del 15% con un máximo de 600 euros, en lugar de 500 euros. Y para los contribuyentes que tengan la consideración de personas con discapacidad se incrementa el límite de la deducción hasta 900 euros.

En el caso de la deducción por nacimiento o adopción de hijos, se extiende al acogimiento familiar de menores, se incrementa el importe de la deducción de 50 euros a 200 euros por cada hijo nacido, adoptado o por cada menor en régimen de acogimiento familiar simple, permanente o preadoptivo, administrativo o judicial y se incrementa el límite de renta. Asimismo, se incrementa a 400 euros para el caso en el que el nacimiento, la adopción o el acogimiento se produzcan en determinados municipios con problemas de despoblación.

Para la deducción para familia numerosa, al igual que en el resto de las medidas, se elevan en las cuantías citadas al principio de este expositivo los importes referidos a los límites de renta en base imponible general y del ahorro.

En la deducción para contribuyentes con discapacidad, se amplía el importe de 100 euros a 150 euros y se elevan en las mismas cuantías los límites de renta y se elevan en las mismas cuantías los importes referidos a los límites de renta en base imponible general y del ahorro. Además, se amplía el ámbito subjetivo de tal forma que se puedan aplicar la deducción todas las parejas de hecho inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de Andalucía o registro análogo de cualquier Administración Pública.

⁴⁸⁴ En la deducción por inversión en vivienda habitual que tenga la consideración de protegida y por las personas jóvenes, se incrementa el porcentaje de deducción del 2% por inversión en vivienda habitual que tenga el carácter de protegida y del 3% cuando la inversión en la vivienda habitual la realiza una persona joven al 5% en ambos casos.

En la deducción por asistencia a personas con discapacidad para el caso en que se acredite que necesita ayuda de terceras personas, se incrementa el porcentaje de la deducción desde el 15% hasta el 20%.

En la deducción por ayuda doméstica se incrementa desde el 15% hasta el 20% del importe de la cuota fija correspondiente a la cotización anual de un empleado satisfecha a la Seguridad Social por el empleador en el sistema especial del régimen general de empleados del hogar, con un límite máximo que se eleva desde 250 euros hasta 500 euros anuales. Asimismo, se amplía el ámbito subjetivo de aplicación a los contribuyentes mayores de 75 años.

En la deducción autonómica por inversión en la adquisición de acciones y participaciones sociales como consecuencia de acuerdos de constitución de sociedades o ampliación de capital en determinadas sociedades mercantiles, se amplía a las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. Por otro lado, con el fin de apoyar e incentivar las prácticas relacionadas con I+D+I, se establece una deducción incrementada del 50%, con el límite de 12.000 euros, para el caso de sociedades creadas o participadas por universidades o centros de investigación.

Por último, junto a lo anterior, se crean dos nuevas deducciones.

- De un lado, se crea una deducción por gastos educativos, que comprende los gastos de enseñanza escolar o extraescolar de idiomas, de informática o de ambas, en un porcentaje del 15% de las cantidades satisfechas en el periodo impositivo y con el límite máximo de 150 euros por descendiente.
- De otro lado, se crea una deducción por donativos con finalidad ecológica del 10% del importe de las donaciones dinerarias durante el período impositivo a determinadas Administraciones Públicas y entidades sin fines lucrativos y beneficiarias de mecenazgo, siempre que tengan como finalidad la defensa y conservación del medio ambiente. El límite máximo de la deducción es de 150 euros.

VI) En relación con el impuesto sobre el patrimonio, se mejora el actual mínimo exento para los contribuyentes con discapacidad, de modo que el actual de 700.000 pasa a ser de 1.250.000 euros para las personas con discapacidad igual o superior al 33% e inferior al 65% y de 1.500.000 euros para personas con discapacidad igual o superior al 65%.

VII) Las novedades en el impuesto sobre sucesiones y donaciones suponen la modificación de la tarifa y la regulación de los coeficientes multiplicadores. En la tarifa se minorará el gravamen en todos los tramos⁴⁸⁵.

Asimismo, se mejora la aplicabilidad de determinadas reducciones vigentes por adquisiciones mortis causa e inter vivos del modo que sigue:

8. En la mejora de las reducciones de la base imponible, coeficientes multiplicadores y bonificaciones en la cuota mediante equiparaciones quedan totalmente equiparadas a los cónyuges las parejas de hecho o uniones de hecho, debidamente inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía o en registros análogos de otras administraciones públicas.

9. En la mejora de la reducción estatal de la base imponible por la adquisición mortis causa de vivienda habitual, se pasa de una escala en función del valor del inmueble que va del 95% al 100% a un porcentaje fijo de reducción del 99%, con independencia de cuál sea el valor de la vivienda habitual transmitida.

10. En la mejora de la reducción estatal de la base imponible para personas con parentesco (cónyuge y parientes directos por herencias y mejora a otros parientes) en adquisiciones mortis causa de 1.000.000 de euros, con el objeto de continuar con la defiscalización del impuesto para parientes directos, se establece de manera que sea aplicable a todos los contribuyentes del Grupo I y II sin discriminar en función de su patrimonio preexistente⁴⁸⁶.

11. En la mejora de la reducción estatal de la base imponible para contribuyentes con discapacidad por adquisiciones mortis causa, se establece la reducción de 250.000 euros para quienes tengan la consideración de persona con discapacidad con un grado igual o superior al 33% e inferior al 65%. No obstante, la reducción será de 500.000 euros para aquellas personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65%. Esta reducción mejorada será aplicable por el contribuyente independientemente de su relación de parentesco con el causante y sin discriminar en función de su patrimonio preexistente.

Además, al ser compatible con la mejora de la reducción por parentesco anteriormente citada en el caso de contribuyentes comprendidos en los Grupos I

⁴⁸⁵ Los coeficientes multiplicadores serán los mismos en función del grado de parentesco, sin discriminar en función de su patrimonio preexistente, simplificando la gestión y haciendo que la combinación de tarifa y coeficientes no supere, en general, el tipo marginal del 45%.

⁴⁸⁶ Asimismo, se incrementa el importe de la reducción personal estatal para los contribuyentes comprendidos en el Grupo III, que pasa de 7.993,46 euros a 10.000 euros.

y II, la reducción conjunta llegaría hasta 1.250.000 euros o 1.500.000 euros, según el grado de discapacidad, en vez de 1.000.000 de euros, y, en el caso de contribuyentes comprendidos en el Grupo III, hasta 260.000 euros o 510.000 euros, según el grado de discapacidad, en lugar de 10.000 euros.

12. En la mejora de la reducción estatal de la base imponible por la adquisición mortis causa e inter vivos de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades, se amplía el grupo de parentesco para el cómputo de la participación en el capital de las entidades, llegando éste hasta el 6º grado colateral (actualmente, hasta el 3º grado colateral).

Es importante hacer varias anotaciones en estos momentos:

- Se elimina el requisito exigido de que la actividad constituya la principal fuente de renta y se amplía la reducción a cesión de capitales a terceros, obtenidos mediante beneficios no distribuidos en los diez últimos años, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas.
- No se exige que la adquisición ni el mantenimiento de los bienes adquiridos gocen de exención en el impuesto sobre el patrimonio.
- No obstante, sí es requisito necesario que se mantengan en el patrimonio del contribuyente dichos bienes objeto de adquisición, no simplemente el valor de la adquisición. Se reduce el plazo de mantenimiento a tres años, con independencia del parentesco entre transmitente y adquirente.

13. Se amplía el beneficio en negocios y empresas individuales a los supuestos en los que el transmitente se encontrara a la fecha de devengo del impuesto en situación de jubilación o incapacidad.

Por último, por razones de técnica legislativa, se divide el contenido actual de los dos artículos que regulaban esta reducción para las adquisiciones mortis causa e inter vivos en dos a su vez, de tal forma que se recogen en un artículo las adquisiciones de empresas individuales y negocios profesionales, y en otro la reducción por participaciones en entidades, en ambos tipos de adquisiciones. Asimismo, este régimen pasa a ser aplicado también a las explotaciones agrarias, quedando de este modo incluidas en el mejor trato fiscal que se aprueba con carácter general para todo tipo de empresas.

14. En la reducción propia por la donación de dinero a descendientes para la adquisición de la vivienda habitual, se suprime el requisito de tener que ser la primera vivienda habitual, se amplía la medida a víctimas de violencia doméstica, víctimas del terrorismo y personas afectadas, y se actualizan los

importes de las bases máximas de la reducción, pasando los límites generales de 120.000 euros a 150.000 euros, con carácter general, y de 180.000 euros a 250.000 euros, para el supuesto en el que el donatario tenga la consideración de persona con discapacidad.

15. En la reducción propia por la donación de vivienda habitual a descendientes se amplía su aplicación a descendientes menores de 35 años, a víctimas de violencia doméstica, víctimas del terrorismo y personas afectadas; se establece un límite de base máxima de reducción de 150.000 euros, con carácter general, y se actualiza el límite actual para el supuesto en el que el donatario tenga la consideración de persona con discapacidad, que pasa a ser de 180.000 euros a 250.000 euros.

16. En la reducción por donación de dinero a parientes para la constitución o ampliación de una empresa individual o negocio profesional, se mejora el plazo de mantenimiento de la empresa, con independencia del grupo de parentesco.

VIII) Por lo que se refiere al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, se reduce el tipo de gravamen general aplicable a la transmisión de inmuebles y a la constitución y cesión de derechos reales sobre los mismos, excepto los de garantía, pasando desde los tipos del 8%, 9% y 10% a un único tipo general del 7%. De igual modo, se reduce el tipo de gravamen general, en la modalidad de actos jurídicos documentados, para los documentos notariales, pasando desde el tipo del 1,5% al 1,2%. Para los arrendamientos, se establece un único tipo de gravamen del 0,3%, en lugar de la escala estatal.

Asimismo, en ambas modalidades se mejora el beneficio fiscal para promover una política social de vivienda, ya que, por una parte, para la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas se establece un tipo reducido del 6% para toda adquisición de vivienda habitual en inmuebles de valor no superior a 150.000 euros y, por otra, se amplía el ámbito subjetivo del tipo reducido del 3,5% a víctimas de violencia doméstica, víctimas del terrorismo y personas afectadas⁴⁸⁷.

De otra parte, para la modalidad de actos jurídicos documentados se establece un tipo reducido del 1% para toda adquisición de vivienda habitual en inmuebles de valor no superior a 150.000 euros y, por otra, se amplía el ámbito

⁴⁸⁷ De igual forma, se incrementa el valor de la vivienda, que sirve como límite para aplicar el beneficio fiscal, que pasa con carácter general de 130.000 euros a 150.000 euros, y de 180.000 euros a 250.000 euros para el supuesto en el que el adquirente tenga la consideración de persona con discapacidad o forme parte de familia numerosa.

subjetivo del tipo reducido del 0,3% a víctimas de violencia doméstica, víctimas del terrorismo y personas afectadas. De igual forma, se incrementa el valor de la vivienda, que sirve como límite para aplicar el beneficio fiscal, que pasa con carácter general de 130.000 euros a 150.000 euros, y de 180.000 euros a 250.000 euros para el supuesto en el que el adquirente tenga la consideración de persona con discapacidad o forme parte de familia numerosa.

Además, se crean nuevos tipos reducidos en ambas modalidades del impuesto para la adquisición de vivienda habitual en determinados municipios con problemas de despoblación, con la finalidad de promover el asentamiento con carácter permanente, con los consiguientes beneficios económicos y sociales que ello supone para el entorno. Este es el motivo por el que este beneficio fiscal se aplica a las viviendas que van a tener la condición de habitual para el adquirente.

De otro lado, el tipo reducido para adquisición de los vehículos de turismo, ciclomotores y motocicletas «0 emisiones» se amplía a otros vehículos propulsados de forma ecológica, tales como bicicletas, bicicletas de pedales con pedaleo asistido y vehículos de movilidad personal regulados en el Anexo II (apartado A) del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, así como a embarcaciones impulsadas por energía eléctrica, solar o eólica.

IX) Los tributos sobre el juego son objeto de una revisión e incorporación de medidas que mejoren la situación de las empresas explotadoras. En lo que respecta a los tipos de gravamen en la tasa fiscal sobre el juego, se reducen los tipos aplicables de la tarifa de casinos, el tipo del bingo se fija en el 15% sin ningún requisito adicional y también se reducen las cuotas de las máquinas tipo B y C⁴⁸⁸.

Por su parte, las rifas y tómbolas de carácter benéfico no tendrán que pagar tasas si el valor de los premios no supera los 5.000 euros. En cuanto al tipo general, también se reduce al 15%.

X) En relación con el impuesto especial sobre determinados medios de transporte se rebaja el tipo de gravamen aplicable a los medios de transporte de los epígrafes 4.º y 9.º (vehículos altamente contaminantes) del artículo 70.1 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales, quedando fijado en el

⁴⁸⁸ En lo que concierne al plazo de pago de las mismas, se introduce una modificación de importante calado, ya que se retrasa el pago a los 20 días naturales siguientes al trimestre vencido. Tal medida se adopta tanto por razones de simplificación administrativa como, sobre todo, por mayor facilidad para el cumplimiento de obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes.

14,75% y en el 12% el tipo de gravamen aplicable al epígrafe 5.º (embarcaciones y aeronaves) del mismo artículo.

XI) Por lo que respecta a las normas de aplicación de los tributos, se ha realizado una revisión integral de las mismas, estableciendo medidas dirigidas a la simplificación administrativa.

Cabe destacar, por su carácter novedoso, el ingreso de los tributos a los que se refiere esta Ley, mediante domiciliación bancaria, en los supuestos, términos y condiciones que se establezcan mediante resolución conjunta de la Agencia Tributaria de Andalucía y del órgano directivo con competencias en materia de Tesorería. Asimismo, en el impuesto sobre sucesiones y donaciones, para el concepto donaciones se establece un plazo de presentación de la autoliquidación e ingreso de la deuda tributaria de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha del devengo.

En la misma línea, en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se establece un plazo de presentación de la autoliquidación e ingreso de la deuda tributaria de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha del devengo.

Por último, se establece que, en el caso de los empresarios que adquieren objetos fabricados con metales preciosos y que están obligados a llevar los libros de registro, deben declarar conjuntamente todas las operaciones sujetas a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas devengadas en el mes natural⁴⁸⁹.

XII) La Ley se estructura en un título preliminar, que contiene las disposiciones de carácter general; los títulos I y II, relativos a impuestos directos e indirectos, respectivamente; el título III, que contiene las normas de aplicación de los tributos cedidos; dos disposiciones adicionales; dos disposiciones transitorias; una disposición derogatoria, y dos finales.

Asimismo, incluye al comienzo un índice de su contenido, cuyo objeto es facilitar la utilización de la norma por las personas destinatarias, mediante una rápida localización y ubicación sistemática de sus preceptos.

Debe indicarse que la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencias normativas para aprobar una Ley en materia de tributos cedidos,

⁴⁸⁹ El plazo de presentación de la autoliquidación e ingreso de la deuda tributaria, junto con la declaración informativa de las adquisiciones de bienes realizadas en el período, es el mes natural inmediatamente posterior al mes al que se refieren las operaciones declaradas.

de conformidad con el artículo 108 y 180.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en los términos que vienen concretados en la Ley 18/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión. Esta Ley dispone que el alcance y condiciones de la cesión son los establecidos en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Según lo expuesto, la presente Ley se ajusta a los principios de buena regulación actualmente previstos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Así, la norma es respetuosa con los principios de necesidad, eficacia y proporcionalidad, en tanto que con ella se consigue el fin perseguido, que consiste en establecer un marco normativo estable, sencillo y claro, que facilite el conocimiento y la comprensión de las medidas fiscales aprobadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos. Asimismo, es coherente con el resto del ordenamiento jurídico y sus objetivos se encuentran claramente definidos, cumpliendo así los principios de seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

En definitiva, la diferencia entre la figura de los apoyos materiales y los apoyos personales debe tenerse en cuenta a los efectos de la propia configuración jurídica de la materia. Es un paso que se reclama, aún hoy, y que va encaminando los esfuerzos de los operadores jurídicos.

Sirve de ejemplo el cuadro expuesto en la obra colectiva, ya mencionada, que se elaboró al respecto haciendo referencia al momento pandémico a nivel mundial que nos coloca en un protagonismo histórico, van a configurar este apartado objeto de análisis.

Asistencia Personal	Cuidado Profesional	Cuidado Familiar
El usuario habla en primera persona y es la parte empleadora.	A través de una empresa o servicio ajeno a la persona usuaria.	Depende de la voluntariedad y cercanía de la persona cuidadora.
Se realiza cualquier tarea y/o función pactada que necesite la persona usuaria.	Las tareas y/o funciones se reducen al ámbito domiciliario. Excepcionalmente puede realizar alguna tares dentro del hogar.	Hay una especie de acuerdo tácito o sentido común de cuáles cosas se pueden hacer y cuáles no.

Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal

Se adapta a las necesidades y directrices de la persona usuaria pactada en el contrato.	Se adapta más a las necesidades del hogar que de la persona, por lo general.	Dificulta la libre elección que rompa el ritmo marcado “por el devenir de las cosas de siempre”.
Es un apoyo o servicio remunerado y profesional.	Es un apoyo o servicio remunerado y profesional.	No está remunerado, oficialmente al menos y está basado en la relación familiar, principalmente realizado por mujeres.

Cuadro de elaboración propia

2.3. Los Presupuestos Generales del Estado

Ponemos como punto de partida, los presupuestos para 2022⁴⁹⁰ se desarrollará en el marco de una nueva fiscalidad para el empleo que profundiza en la reducción de impuestos necesaria, progresiva y responsable que se inició en abril de 2019 y que ha continuado con la reciente aprobación en el Parlamento andaluz de la Ley 5/2021, de 5 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la cual articula una nueva disminución de impuestos para favorecer a las personas más vulnerables con medidas en el ámbito del acceso a la vivienda, las políticas sociales y la ayuda a las familias y a las personas con discapacidad.

Las normas en materia de subvenciones y ayudas del art. 29 establecen que

1. Como excepción a la regla general de abono de las subvenciones cuya justificación se efectúe con posterioridad al cobro de las mismas, podrá abonarse hasta el cien por cien del importe de las siguientes subvenciones:

a) Las concedidas a entidades sin ánimo de lucro que desarrollen programas relacionados con el Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, Plan Andaluz para la Inclusión Social, Minorías Étnicas, Inmigrantes, Grupos con Graves Problemas Sociales, Atención al Menor, Personas con Discapacidad, Primera Infancia, Mayores, Emigrantes Andaluces Retornados, Comunidades Andaluzas, Emigrantes Temporeros Andaluces, el Voluntariado a cargo del programa presupuestario planteado.

Finalmente, se determina en la adecuación a las retribuciones quinta, la acción social para el ejercicio 2022. A. En el ejercicio 2022 se podrán conceder ayudas de acción social referidas a la atención a personas con discapacidad, así como las contempladas en el apartado noveno del Protocolo de la Administración de la Junta de Andalucía para la protección de las empleadas públicas víctimas de violencia de género, aprobado por Acuerdo de 6 de marzo de 2018, del Consejo de Gobierno.

⁴⁹⁰ https://www.juntadeandalucia.es/export/proy_presup2022/ley/ley.pdf

Podemos concluir que la prestación se desarrolla en un escenario cada vez más cambiante que necesita, como base, de una trazabilidad en las políticas del Estado del Bienestar, mediante la promoción y protección social en los ámbitos económico y profesional para asentar las bases jurídicas planteadas.

Cuando hablamos de personas con discapacidad, la A.P. va conformando formas de vida con horizontes cada vez más amplios y complejos en su ejecución. En la actualidad, no se debería dudar de que ese es el camino emprendido para quienes eligen esta forma de apoyo. Es por esto, que las funciones y, esto es importante, tienen su finalidad en una prestación que va más allá de la mera contratación de servicios, pues supone dar forma a la autonomía universal en el diseño de la V.I. asemejándose, de alguna manera, a los llamados derechos humanos de segunda generación debido a su especificidad.

Así, cuando el art. 19 de la Convención, reconoce el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad y establece que los Estados parte deben adoptar medidas para facilitar el goce de este derecho, entre ellas el acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la A.P. que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta.

En este sentido, un informe de la ex Relatora Especial de NN.UU.⁴⁹¹ sobre los derechos de las personas con discapacidad define la A.P. como “una amplia variedad de apoyos para ayudar a una persona con discapacidad a realizar actividades cotidianas, incluyendo las actividades formativas, de empleo o de ocio. Recuerda que *“sin un apoyo adecuado, las personas con discapacidad están más expuestas a un trato negligente o a ser institucionalizadas”* ⁴⁹². En este documento define la A.P. como *“el apoyo humano, dirigido por la propia persona usuaria, disponible para las personas con discapacidad”*.

El cambio del paradigma y su sentido se produce mediante las reacciones del tercer sector en el campo del desarrollo de Oficinas de V.I, como hemos visto. Así, han sido precursores de la gestión de la materia aportando experiencias interesantes en este campo, al ser tratado en primera persona. Este es el sentido de la expresión “nada para nosotros sin nosotros”.

Como consecuencia de ello y más tardíamente que en Norte América, el foro de V.I. que allí surgió en los años 60 viene consolidándose poco a poco, a través de varias vías:

⁴⁹¹ D^a Catalina Devandas-Aguilar en aquellos momentos.

⁴⁹² Junto a ello, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de NN.UU20, publicó en septiembre de 2017, una Observación General sobre el art. 19-

La Primera. Mediante la PEAP que establece la LAAD en su art.19 y que tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados con unos objetivos claramente marcados, como se ha mencionado⁴⁹³.

La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para 2013, en su D.D.16^a, con efectos de 1 de enero de 2013, añadía un último párrafo al art.23 de la LAAD en el sentido de que, excepcionalmente y de forma justificada, los servicios de atención a las necesidades domésticas y los de atención personal podrán prestarse separadamente, cuando así se disponga en el PIA⁴⁹⁴.

La Segunda. La existencia de algunas destacadas formas jurídicas como:

a) Las Cooperativas de personas usuarias, como son las OVI que surgieron como entidades por y para la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad, principalmente referidas a personas con movilidad reducida, y su relación con sus asistentes personales.

b) Las Entidades Cogestoras del Tercer Sector y de las AA.PP. que van aumentando el número estos servicios y de personas beneficiarias.

En este sentido, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2020-2030, reconocía el derecho de las personas discapacidad a la libre circulación, a elegir dónde y cómo se quiere vivir, y a tener pleno acceso a las actividades culturales, recreativas y deportivas.

La Comisión Europea, contemplaba entre sus las líneas de actuación la promoción de la transición de una asistencia institucional a una asistencia de carácter local mediante el uso de los Fondos Estructurales y del Fondo de Desarrollo Rural para respaldar la evolución de los servicios de asistencia locales.

Tercera. El hecho diferencial para el que nace la prestación y que, pensamos, responde mejor al concepto de personas titulares de los derechos que al de personas beneficiarias de los mismos. En el primero, la titularidad sobre los derechos es directa y consustancial a la persona, mientras que, en el segundo caso, parece dejarse el desarrollo de los derechos a lo graciable e inesperado, en función de los resultados económicos presupuestarios.

El Estado del Bienestar, en definitiva, hace necesaria una matización del concepto social que, a modo de mutación del Sistema, hemos mencionado anteriormente y sobre el que se fundamenta la promoción, desarrollo y defensa

⁴⁹³ Esta modalidad tímida en la LAAD (2006) se amplió a todos los grados seis años más tarde tal y como se ha visto.

⁴⁹⁴ La Administración competente, deberá motivar esta excepción en la resolución de concesión de la prestación.

de los derechos de las personas con discapacidad. Con estas dotaciones, consideramos que se provoca, una transferencia de contenidos, es decir, el modelo social donde la deficiencia de la persona está condicionada por la comunidad, frente al desafío público en el ámbito del Estado de Bienestar⁴⁹⁵. Varios son los indicadores esenciales para poder conseguirlo:

- La Atención Centrada en la Persona.

La historia de cada persona para concederle la condición de necesidad de apoyo, en un momento dado de su vida.

- La A.P. como recurso clave de inclusión en la comunidad profesionalizada y debidamente regulada.
- La dotación presupuestaria para la consolidación del Servicio de Apoyos por la persona gestora de apoyos dentro del Sistema como figura transversal.
- El Planeamiento individualizado de los apoyos. Como ponía de manifiesto Paul Abberley, el concepto social “no es una categoría abstracta, porque siempre y sólo ocurre en un contexto social e histórico que determina su naturaleza”⁴⁹⁶.

Como bien explica el profesor Ruíz⁴⁹⁷, debemos tener en cuenta varios aspectos” en relación al término “modelo” entendido como “modelo histórico de interpretación”, se haría referencia a un concepto –diferenciado pero integrado al mismo tiempo en el “paradigma”– en los siguientes términos: “El modelo, por el contrario, se insertaría dentro del paradigma –ya que su explicación del fenómeno sería coherente con la forma de ver el mundo del mismo–, pero sería más una abstracción teórica de una realidad, para comprenderla”.

Por tanto, en conexión lógica con las ideas expuestas entenderemos, por un lado que el “modelo” se diferencia claramente del “paradigma”, siendo éste simplemente una aprehensión o representación simplificadora de la realidad en la que sólo se destacan las relaciones consideradas más significativas y

⁴⁹⁵El concepto social que introduce Paul Abberley respecto a la “deficiencia” -o “insuficiencia”, la hace desmontando la idea de que la “deficiencia” es natural y consustancial al individuo, pues está condicionada por el contexto social. Vid. Abberley, P., “Trabajo, utopía e insuficiencia”, op. cit., pp. 77-80.

⁴⁹⁷ Ruíz Santamaría, J.L: Prevención de Riesgos Laborales y Discapacidad. *El paradigma de la autonomía personal como expresión de la concepción actual de la discapacidad* “La Protección Jurídico-Social De Las Personas Con Discapacidad. Un Enfoque Integral y Exhaustivo”. José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida, Antonio Márquez Prieto, Francisco Vila Tierno, Juan Antonio Maldonado Molina (direc.). Belén del Mar López Insua y José Luis Ruiz Santamaría (coords.). Ed. Laborum. Murcia 2021.pp 1041-

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal

definitorias del fenómeno[.....]. Reconoce el profesor la existencia del cambio de contextualización en la evolución histórica de “El Paradigma de la Autonomía de la Voluntad”, que se ha evidenciado en este trabajo, pues consideramos, que es el mejor recurso para la promoción de Vida Independiente de las personas con discapacidad, en su gran diversidad.

3. ESPECIALIDADES GENERADAS DURANTE LA PANDEMIA POR COVID-19

La excepcionalidad de la situación que hemos vivido desde finales de 2019 con la pandemia del coronavirus en todo el mundo no sólo ha tenido consecuencias sanitarias sino también legislativas al tener que regular un marco de actuación diferente y urgente. Consideramos que una obra que quiere ser referente, como la actual, debe mencionar, siquiera someramente algunos de las cuestiones que este hecho histórico ha producido, más allá del cambio en nuestra propia forma de vida. En lo que respecta a la materia aquí tratada, se llevaron a cabo, por ejemplo, modificaciones en los criterios de acreditación en Dependencia para garantizar la asistencia durante la crisis generada por la pandemia del COVID-19.

El BOE, publicó el 25 de marzo de 2020, una Resolución de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, para modificar parcialmente los criterios comunes de acreditación y garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD durante la pandemia sanitaria.

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, tiene atribuida la fijación de criterios comunes de acreditación de centros, servicios y entidades, sin perjuicio de las competencias de cada una de las Comunidades Autónomas y de la Administración General del Estado (Instituto de Mayores y Servicios Sociales).

Ante la situación de pandemia derivada del COVID-19 y por razones de urgencia y de forma temporal, la modificación que ahora se propone pretende flexibilizar la acreditación y funcionamiento de los servicios de atención a la dependencia mientras persista la situación de crisis COVID-19.

En su virtud, se acuerda modificar el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, incorporando al criterio tercero apartado b) un nuevo ordinal denominado 5 bis, De ese modo, se plantea la posibilidad del reforzamiento de las plantillas con personas sin titulación, pero con experiencia en el cuidado de personas dependientes.

La instrucción, anunciada por el Ministerio de Derechos Sociales y dentro de la Agenda 2030, recuerda que en el Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD del pasado 20 de marzo, se autorizó a la Secretaría de Estado de Derechos Sociales

para modificar por razones de urgencia y de forma temporal, el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008 sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD, con el fin de flexibilizar la acreditación y funcionamiento de los servicios mientras persista la situación de crisis por el COVID-19.

Así, el Consejo Territorial, de conformidad con lo establecido en el art.34 de la LAAD, tiene atribuida la fijación de criterios comunes para la obtención de la acreditación de centros, servicios y entidades, sin perjuicio de las competencias de cada una de las CC.AA. y de la AGE (Imsero)."Ante la situación de pandemia derivada por el coronavirus y por razones de urgencia y de forma temporal, la modificación que ahora se propone pretende flexibilizar la acreditación y funcionamiento de los servicios de atención a la dependencia mientras persista la situación de crisis", señala el BOE.

Para ello, al Acuerdo de 2008, se incorpora un nuevo apartado que queda redactado en los siguientes términos: "5 bis. Régimen provisional y excepcional ante la situación de pandemia derivada del COVID-19. Cuando se acredite la no existencia de demandantes de empleo con las titulaciones específicas necesarias en la zona donde esté ubicado, bien el centro o institución social o bien donde se preste el servicio de A.P. o las labores de auxiliar de ayuda a domicilio, podrán desempeñar estas funciones personas que tengan alguna de las titulaciones exigidas para cualquiera de ellas. Si tampoco hubiera disponibilidad de demandantes de empleo con ninguna de las titulaciones antes señaladas, podrán desempeñar estas funciones personas que, careciendo de titulación, preferentemente, tengan experiencia en cuidado y atención de personas dependientes, debiendo las entidades prestadoras de servicios garantizar la supervisión y formación práctica en el puesto de trabajo para mejorar sus competencias profesionales".

Este régimen excepcional, estará vigente por un plazo inicial de tres meses a partir de ahora, pudiendo ser prorrogado por nuevo acuerdo del Consejo Territorial por sucesivos periodos de tres meses o inferiores en función de las necesidades organizativas y asistenciales derivadas de la evolución de la situación sanitaria.

Por otro lado. la existencia de los rebrotes vigentes, sigue forzando la labor legislativa, así el Decreto-ley 25/2020, de 16 de junio, de medidas extraordinarias en materia social y de carácter fiscal y administrativo, refiere en el Cap. 1 unas subvenciones de carácter extraordinario para la creación de un nuevo empleo en el ámbito de trabajo domiciliario de cuidados, dirigidas a facilitar la contratación de trabajadores en atención domiciliaria de personas mayores o en situación de

dependencia, mientras los equipamientos residenciales estén afectados por la pandemia producida por COVID-19⁴⁹⁸.

Muchos son los estudios poblacionales de personas en situación de riesgo durante este periodo tan crítico, nosotros, vamos a mencionar a modo de pincelada, los que se han llevado a cabo por la Asociación española de enfermedad mental y por Plena Inclusión.

○ El primero, es un estudio que analiza el impacto y las consecuencias en los cinco ámbitos siguientes que más están afectando a las personas con discapacidad durante la pandemia del COVID-19: empleo, educación, salud, servicios sociales y otros derechos básicos. El documento, desarrolla y reflexiona sobre las líneas de actuación, retos de futuro y recomendaciones de cada uno de los ámbitos, así como sobre las consecuencias socioeconómicas de la crisis sanitaria entre las personas con discapacidad y poder anticiparse a otra posible pandemia en un futuro⁴⁹⁹. En el cuadro 9 enumera las principales necesidades, problemas o dificultades identificadas en los servicios sociales Principales problemáticas identificadas, destacando en el punto 1, el escaso desarrollo de la atención comunitaria y cierres o limitaciones en el acceso a determinados servicios comunitarios.

La situación sobrevenida a causa de la pandemia, con el cierre o las limitaciones de acceso a determinados servicios y la falta de una respuesta adecuada a las personas con discapacidad y sus familias, ha puesto de relieve la falta de servicios de asistencia personal y unos apoyos domiciliarios Débiles. hay un consenso en torno al escaso desarrollo de los recursos de atención comunitaria, como la prestación de asistencia personal, y a la necesidad de reconfigurar el servicio de apoyo domiciliario. En el modelo de atención residencial también se detectan debilidades y carencias.

De esta manera, se sigue exponiendo el hecho de que la promoción de la autonomía, destacan no sólo las características arquitectónicas sino también las organizativas del modelo, así como su deficiente coordinación con el sistema de salud, lo hacen muy vulnerable ante una pandemia.

⁴⁹⁸ Montañez Heredia, S: "El sistema de dependencia. adecuación de las prestaciones económicas a las personas con discapacidad. especial referencia a la prestación de asistencia personal". La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo". Ed. Laborum 2021 pp 917-923.

⁴⁹⁹ <https://consaludmental.org/centro-documentacion/impacto-covid19-personas-discapacidad/>

Todas estas circunstancias, unidas a la deficiente atención de los proveedores de estos servicios (sobre todo por parte de los del sector lucrativo), aviva, según las opiniones recogidas, la necesidad de acelerar el cambio de modelo.

Otro punto importante, es el que se lleva a cabo en el Cuadro 10. Trata sobre los Servicios Sociales: recomendaciones, medidas o futuras líneas de actuación. A la hora del planteamiento de la intervención, expone una serie de actuaciones o medidas prioritarias, como son:

1. Revisar el modelo de atención residencial, potenciando las viviendas comunitarias, la atención centrada en la persona y los apoyos personalizados.

2. El modelo actual ha de reorientarse hacia un modelo basado en unidades residenciales más reducidas (viviendas tuteladas, asistidas, etc.), donde se promuevan la autonomía personal, la vida independiente y los apoyos personalizados.

Reclaman, por tanto, un modelo dirigido a la atención personalizada y en su entorno de referencia, con especial atención a las personas con más necesidades de apoyo, las personas con discapacidad intelectual y las personas con trastornos mentales. En general, es un cambio que deberían hacer todas las CC.AA.

A esto, tenemos que concluir, que estos retos deben configurarse de manera uniforme en nuestro país, pues tanto las leyes y tramitación de la dependencia como del reconocimiento de la discapacidad, poseen connotaciones diferentes en los territorios. En la materia de los derechos fundamentales de los que estamos hablando, ya no podemos repetir los errores cometidos.

Se ha puesto de manifiesto una necesidad de mayor inversión en innovación y tecnologías de apoyo y cuidados. Como ya se avanzaba, el panel de personas expertas plantea revisar el modelo de atención residencial que ha quedado en tela de juicio a consecuencia de la pandemia de COVID-19. En este sentido, sugiere potenciar las viviendas comunitarias y la atención centrada en la persona.

Se propone, igualmente, reorientar la perspectiva vigente hacia un modelo de unidades residenciales más pequeñas (viviendas tuteladas, asistidas, etc.), donde se promuevan la autonomía personal, la vida independiente y los apoyos personalizados.

Un modelo dirigido a la atención personalizada y comunitaria, con especial atención a las personas con más necesidades de apoyo, con discapacidad intelectual o con problemas de salud mental. Al mismo tiempo, cree necesario

emprender una estrategia de desinstitucionalización, que asegure el derecho de las personas con discapacidad a vivir y ser incluidas en la comunidad y que eviten colapsos y contagios masivos en los espacios residenciales.

En esta misma línea, insta a fomentar de forma contundente la figura y el servicio de asistencia personal, con dotación específica y suficiente en los presupuestos estatales, y diferenciándola del servicio de atención domiciliaria.

Prosigue el referido estudio, planteando, en el cuadro 14. Las estrategias o medidas específicas dirigidas a los grupos con discapacidad más vulnerables al impacto de la crisis del COVID-19.

Como Principales estrategias o medidas específicas identificadas, se destaca Promover los servicios de apoyo en el domicilio y en el entorno comunitario y procesos de desinstitucionalización. Debería darse un fuerte impulso a la asistencia personal, ya que ha sido un servicio mucho más seguro que los residenciales frente a la pandemia. Reforzar los servicios de atención diurna y de ocio para evitar el aislamiento o reclusión de las personas con discapacidad en sus domicilios.

En general, el llamamiento se hace de cara a reforzar la red de servicios sociales para personas con discapacidad y con personas con problemas de salud mental para responder a sus necesidades psicosociales, laborales, residenciales y sociales.

○ El segundo de los estudios que vamos a referenciar es el llevado a cabo por Plena Inclusión en 2020⁵⁰⁰.

Se centra la investigación, entre otras cuestiones, en la posibilidad de recibir los servicios que han experimentado cambios de forma remota/a distancia-

En la Tabla 54, por su parte, aparecen aquellos servicios que, habiendo experimentado algún cambio, han podido recibirse de manera remota en algún grado.

Los servicios que se han recibido en mayor medida a distancia son los servicios de apoyo tutelar, que ha seguido funcionando en remoto para el 37,5%

⁵⁰⁰COVID-19 y DID.-Plena inclusión. Navas, Verdugo, Amor, Crespo y Martínez, 2020. <https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscador/informe-covid-19-y-discapacidades-intelectuales-y-del-desarrollo-2020/>.

de las familias que experimentaron cambios en este servicio, centro ocupacional (29,4%) y asistencia personal/servicio de vida independiente (33,3%)⁵⁰¹-

Un análisis interesante es el que realiza desde el punto de vista de los profesionales que prestan los apoyos. En concreto, analiza la situación de los profesionales afectados por ERTE o despido-El 9,2% de los profesionales encuestados se vio afectado por un expediente de regulación temporal de empleo o perdió su puesto de trabajo durante el confinamiento.

Dentro de este grupo, siete de cada diez profesionales afirman haber experimentado problemas de tipo emocional (71,1%) como ansiedad, estrés, o preocupación excesiva debido a su situación laboral, y cuatro de cada diez (42,2%) tuvieron problemas económicos.

El estudio continúa exponiendo cómo al ser preguntados por su futuro laboral, la mayor parte de los profesionales encuestados afirmó que podría volver a reincorporarse a su actividad habitual tras el periodo de confinamiento (71,1%; n=32), aunque casi la mitad desconoce en qué momento concreto se producirá esta reincorporación⁵⁰².

Entre los Servicios en los que trabajaban los profesionales afectados por ERTE o despido, destacan por encima de todos Empleo con apoyo y el Centro ocupacional, ambos con un 24,4%, le sigue el Servicio de ocio con el 22,2 % y el Centro residencial con un 15,6%. La Asistencia personal/Servicio de vida independiente, se encuentra en mitad de la tabla, suponiendo un 13,3%.

A pesar de que el 88,9% de los profesionales afirmó haber podido desarrollar su trabajo a distancia con cierta normalidad, uno de cada cuatro profesionales (26,6%) no ha podido prestar de manera telemática todos los apoyos requeridos por las personas con discapacidades intelectuales y del desarrollo- Este dato nos ayuda a entender por qué un tercio de las familias encuestadas y el 20% de las personas con esta discapacidad afirmaron, en sus respectivas encuestas, haber carecido de determinados apoyos que resultaron necesarios durante el confinamiento ⁵⁰³.

No cabe duda de que la necesidad de responder a necesidades asistenciales básicas relacionadas con la salud, en detrimento del trabajo con

⁵⁰¹ [...]“Hemos pasado de 45 minutos presencial a la mitad en videollamada y solo para los padres’ ‘De 5 sesiones a la semana que teníamos a 2 ó 3 al mes”

⁵⁰²Tabla 67.

⁵⁰³ Tabla 70.

otras áreas de la vida de la persona, (12,2%) junto con las reestructuraciones derivadas del cierre de servicios (9,2%) también han dificultado el trabajo de acuerdo con los principios de planificación centrada en la persona⁵⁰⁴. Es por ello que la emergencia sanitaria provocada por la COVID-19 ha generado situaciones en las que el apoyo para la promoción de la autonomía ha tenido que ofrecerse en un contexto de mayor estrés e incertidumbre.

En este apartado, de manera concreta, nos referiremos a dos de ellas: la atención sanitaria por motivos relacionados con la COVID-19 en personas con discapacidades intelectuales y del desarrollo y el acompañamiento en procesos de duelo que, tristemente, han sido más frecuentes debido al impacto de la pandemia en nuestro país.

Una vez detallados los retos a los que han tenido que hacer frente los profesionales del tercer sector durante el confinamiento, y señaladas las dificultades que han experimentado, resulta preciso analizar en qué medida la crisis sanitaria provocada por la pandemia, ha suscitado entre ellos preocupación por el futuro de los centros y servicios o una reflexión sobre posibles cambios que pudieran ser necesarios en los mismos.

La situación vivida ha dado lugar a que el 63,6% de los trabajadores que siguieron en activo considere necesario realizar modificaciones en los servicios y centros actuales para prestar mejores apoyos a las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo en un futuro⁵⁰⁵.

Tal y como se pone manifiesto en este informe, la emergencia sanitaria provocada por la COVID-19 ha dejado ver, por ejemplo, cómo aquellas personas que han residido en el entorno familiar durante el confinamiento han dependido casi exclusivamente de los apoyos ofrecidos por su familia, sobrecargando a esta última.

Asimismo, se han visibilizado los riesgos de una atención ‘masiva’ en centros con una elevada concentración de personas; centros que pueden verse desbordados, consecuentemente dejar de prestar apoyos individualizados en una situación límite como la vivida. Esta emergencia sanitaria puede ser un buen momento para reflexionar y comenzar a avanzar en lo que ya hemos señalado en

⁵⁰⁴ Tabla 99

⁵⁰⁵ Tabla 103

estudios previos: la urgencia de financiar apoyos (no exclusivamente servicios) centrados en las necesidades de cada persona⁵⁰⁶.

Concluye el informe que, a pesar del esfuerzo realizado por el tercer sector, la crisis sanitaria ha dejado al descubierto las carencias de nuestro sistema de apoyos: un sistema infradotado, que acentúa, incluso en tiempos de confinamiento, las situaciones de soledad y exclusión social.

El contexto de residencia ha condicionado, además, el tipo de apoyo con el que las personas con DID han contado durante el confinamiento: aquellos residiendo en contextos específicos parecen haber contado con menos apoyos naturales, y quienes convivieron con su familia han dependido en gran medida de los apoyos proporcionados por ésta.

El apoyo por parte de los centros educativos, ordinarios y especiales, a quienes se encontraban estudiando ha sido, además, anecdótico (tres cada cuatro familias con personas con edades comprendidas entre los 3 y 21 años tuvieron dificultades para que su hijo siguiera el curso escolar debido al escaso apoyo).

Esta situación nos lleva a subrayar la necesidad de ‘repensar’ tres aspectos fundamentales como son:

- i) El grado en que se trabaja en el desarrollo y mantenimiento de redes naturales de apoyo cuando la persona vive en un entorno específico;
- ii) La medida en que los apoyos ofrecidos desde el tercer sector llegan a otros contextos como el familiar cuando la persona no acude a un servicio concreto (especial atención debiera prestarse a aquellas familias mayores, con una mayor desventaja socioeconómica, o con especiales dificultades de acceso a la tecnología, pues han quedado fuera de la prestación de apoyos); y
- iii) El papel de nuestro sistema educativo a la hora de garantizar el derecho a la educación cuando existen especiales necesidades de apoyo⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ COVID-19 y DID. Plena inclusión. Navas, Verdugo, Amor, Crespo y Martínez, 2020. Pp27-190.

⁵⁰⁷ Op Cit. Pp200-202

Sin duda, si la promoción de la autonomía está comprometida por muchos factores que van mermando la disponibilidad del servicio de la manera más eficiente posible. Se suman al nivel presupuestario de un sector, factores como los sociales, económicos o legales de las distintas administraciones. Este hecho hace que se conviertan en colectivo aún más vulnerables dando lugar a veces a situaciones tan extremas que las sociedades de todo el mundo estamos aún viviendo.

Los gastos que se financian son los correspondientes al personal encargado de la gestión de solicitudes de inicio del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y de la elaboración del informe social y propuesta de Programa Individual de Atención, tanto en trámite inicial como de revisión. Con este refuerzo de personal será posible una atención más rápida a las personas cuyos expedientes están en tramitación en el SAAD, siendo necesario reforzar el correcto funcionamiento del sistema y el desarrollo de las competencias que asumen las corporaciones locales de Andalucía en materia de Asistencia personalizada.

VI LA FIGURA DEL ASISTENTE PERSONAL

A lo largo de la historia, las personas con discapacidad han sido objeto de discusión moral, pero nunca sujetos con capacidad jurídica, y era necesario una herramienta para movilizar el cambio⁵⁰⁸. Hemos visto, cómo la asistencia personal, en su ejecución lleva aparejada una serie de connotaciones en base a las relaciones humanas de especiales importancia dentro de la promoción de la autonomía personal. Así, supone algo más que un simple contrato entre partes pues a nadie se le escapa la connotación de humanos con recursos, más que de recursos humanos que esta relación fomenta.

La figura del asistente personal viene con una serie de connotaciones específicas:

- los precedentes, pues si se ha llegado hasta aquí, es porque las personas con discapacidad tienen autodeterminación de querer una vida independiente; la

⁵⁰⁸ Planas, M^a. J. (2013). "El asistente personal para las personas con diversidad funcional: una herramienta para el cumplimiento de derechos". Revista Trabajo Social Hoy, 68, pp.31-54.

inclusión en la comunidad; la responsabilidad sobre la propia vida y acciones; y el derecho a asumir riesgos.

- La situación, podemos decir que se configura, en un primer lugar, sobre un status iuris ad hoc, concretado por la persona que solicita la asistencia y que determinará los criterios en los que esta se lleve a cabo. Es, podemos decir, la fuente, pues la persona es quien decide sobre su proyecto de vida: dónde, cómo, cuándo y por qué.

- La prestación del servicio supone constituir un apoyo de carácter transversal en el desenvolvimiento de la vida de la persona con discapacidad. Ejecutarse de una manera natural, casi invisible, tanto en el modelo en el que se incardine, como en la forma en que se ejecuten las tareas⁵⁰⁹.

- Indiferente ante las decisiones personales tomadas por la persona a la que asiste, pues no es su tarea enjuiciarlas ni valorarlas, tan sólo llevarlas a cabo de la manera en la que se le ha encomendado.

Como puede verse, el asistente personal es una figura de apoyo no meramente, en genérico, para la atención a las personas en situaciones de dependencias significativas y durables, si no, concretamente, para la potenciación efectiva de su autonomía personal.

Nuestra aportación, con toda humildad, en relación con el concepto de AP está centrada en una definición genérica que dice así.:

“la Asistencia Personal, es aquel servicio que una persona realiza en favor de otra que, por su discapacidad o situación de dependencia, no puede realizar por sí misma. Su finalidad, es que la persona asistida tenga el control máximo de su propia vida, y que se haga cargo, libre y responsablemente de su propia vida, de la forma más independiente posible. Para ello, realizará las actividades requeridas, como una extensión de la propia persona asistida, derribando así las barreras diversas que, de otra forma, serían insalvables”.

El medio por el que se lleva a cabo estas funciones es el de la prestación del servicio, tanto por medio de la contratación, pues mantenemos la tesis de que será siempre un trabajador ya sea por medio de las prestaciones procedentes de las AA.PP., como de los recursos de organizaciones del tercer sector que deben ser tenidas en cuenta, como consideraciones generales del contrato. Solo así, creemos firmemente, que se garantizan los derechos y se resuelven las posibles

⁵⁰⁹Tanto en el ámbito privado o en los servicios públicos o cooperativas, este primer elemento de personalización siempre debe tenerse en cuenta.

desavenencias sujetándose ambas partes a la regulación laboral de sus actividades⁵¹⁰. No dejamos pasar la oportunidad de agradecer y recomendar el trabajo llevado a cabo en la Universidad de Jaén, las profesoras López y Álvarez, realizan un estudio cuantitativo y cualitativo en el área de trabajo social, de la figura y sus personas beneficiarias de amplio contenido⁵¹¹. Muchos son los agentes que han participado en el estudio con un amplio espectro de actuaciones.

Desde Predif, se menciona el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En este Acuerdo se recoge que: los asistentes personales y los auxiliares de ayuda a domicilio deberán acreditar la cualificación profesional de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, establecida por el Real Decreto 295/2004, de 20 de febrero. A tal efecto se consideran los siguientes títulos y certificados:

Título de técnico en cuidados auxiliares de enfermería o técnico de auxiliar de clínica, técnico auxiliar psiquiatría y técnico auxiliar de enfermería.

Título de técnico de atención a personas en situación de dependencia o técnico de atención sociosanitaria.

Título de técnico superior de integración social.

Certificado de profesionalidad de atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales (450 h).

Certificado de profesionalidad de atención sociosanitaria a personas en el domicilio o el equivalente certificado de profesionalidad de la ocupación de auxiliar de ayuda a domicilio.

Destacan la habilitación excepcional. Para los asistentes personales que a fecha 31 de diciembre de 2017 acrediten una experiencia de al menos 3 años, con un mínimo de 2.000 h trabajadas en los últimos 12 años, o que no alcancen el mínimo de experiencia exigida, pero tengan 300 h de formación relacionada con la competencia profesional, deberán presentar la solicitud según establezca la normativa de su comunidad autónoma. Estas certificaciones tienen validez en todo el territorio.

Asimismo, las habilitaciones excepcionales que hubieran emitido las CC. AA. tendrán validez en todo el territorio.

Habilitación provisional. Para quienes a 31 de diciembre de 2017 han trabajado sin alcanzar los requisitos para la habilitación excepcional y se comprometen,

⁵¹¹ López-Pérez, M. y Álvarez-Nieto, C. (2020). La asistencia personal en España. Perspectiva de sus protagonistas: personas beneficiarias, responsables de la asistencia personal de las entidades proveedoras y asistentes personales. *Trabajo Social Global – Global Social Work*, 10(19), 224-256

mediante declaración responsable, a participar en los procesos de evaluación y acreditación de la experiencia laboral, que se realice desde el ámbito estatal o autonómico, o a realizar la formación vinculada a los correspondientes certificados de profesionalidad o títulos de formación profesional, a partir del presente acuerdo y hasta el 31 de diciembre de 2022.⁵¹²

1. CONCEPTUACIÓN GENERAL

Hemos definido la Asistencia Personal, como aquel servicio que una persona realiza en favor de otra que, por su discapacidad o situación de dependencia, no puede realizar por sí misma. Su razón de ser es que la persona asistida tenga el control máximo de su propia vida, y que se haga cargo, libre y responsablemente de ella, de la forma más independiente posible.

Para ello, deberá realizar las actividades requeridas, como una extensión de la propia persona asistida, derribando así las barreras diversas que, de otra forma, serían insalvables.

1.1. Características

De este concepto hay varios aspectos importantes:

1º.- Partiendo de que el asistente personal es una persona de apoyo y ayuda, las tareas que desarrolla, se presuponen amplias y variadas.

2º.- La asistencia personal tiene como centro la persona que la utiliza, y por tanto realiza cualquier servicio que pueda necesitar, con independencia de dónde se necesite (casa, calle, trabajo, viajes, etc.).

3º.- Se otorga el control entero del proceso al usuario, adaptándose a sus necesidades y directrices. Siendo una de las características esenciales de esta figura la capacidad de empoderamiento personal que puede llegar a proporcionar es la propia persona con discapacidad la que se autogestiona.

4º.- La Autonomía que se tiene gracias a la A.P., debe ser solicitada por la persona asistida en base a los criterios de honestidad y razonabilidad. Es importante resaltarla dificultad que entraña definir la labor que llevan a cabo los asistentes personales, en tanto que son tareas que la persona asistida solicita, y que además deben tener en cuenta factores tales como la edad, las costumbres personales, la salud, etc. Esto, nos lleva a considerar la dificultad de delimitar y acotar las funciones del asistente personal, desde varios puntos de vista.

⁵¹² <https://www.asistenciapersonal.org/situacion-en-espana>

5º.- Los servicios se prestan bien a través de los trabajadores de una entidad (una persona jurídica con la que contrataría el dependiente); bien a través de un trabajador autónomo. La persona dependiente se configura, en este sentido, como perceptora de los servicios, pero no como empleadora.

Esta posición es la lógica teniendo en cuenta el tipo de relación que pretende construirse entre cuidador y dependiente, una relación vinculada al desarrollo de la personalidad, extraña a la lógica de las relaciones laborales. Extrapolar la dinámica de una relación laboral a la relación de autonomía personal supone desnaturalizar la misma, y aplicar principios y reglas que no son en absoluto las mejores para tal naturaleza.

La condición de empleador implica ser titular de una serie de cargas y obligaciones de distinto tipo (no sólo laborales, sino de seguridad social, administrativos-laborales, de alta en impuestos, etc.), que serían de difícil cumplimiento para la mayoría de las personas ya sea con discapacidad o sin ellas.

Consideramos, como ya hemos mencionado, que la persona que asiste tiene que ser trabajador, siempre, ya provenga su contrato de una entidad pública o privada o ya sea como persona que trabaja por cuenta propia.

Por otro lado, un asistente personal es una persona que ayuda a otra a desarrollar su vida, siendo una prolongación de ella en todo aquello que no puede realizar debido a su discapacidad. La persona que asiste, no le hace las cosas, sino aquellas cosas que sólo con su apoyo se puede llevar a cabo.

La asistencia personal es una forma para que las personas con discapacidad puedan vivir por su cuenta y de manera independiente. El asistente personal facilita las oportunidades y los apoyos necesarios para disfrutarlas, dotando de libertad a la vida de otra persona.

Es clara prestación de servicios donde la realización de la actividad debe hacerse bajo unas premisas muy concretas, esto es, saber que el servicio que presta lo es para que la persona usuaria del mismo pueda disfrutar de derechos, como: Tener sus propias opiniones, decidir sobre las cosas que le afectan, ponerse las metas que quiera, tener su propia forma de ser. En resumen, puede ejecutar todos esos derechos porque se le está facilitando el apoyo que quiere y que necesita y cómo lo quiere y cómo lo necesita⁵¹³. Al respecto de esta labor que desarrolla un asistente personal, las tareas son variadas como se puede suponer,

513 Blanco,M; Centeno,A; Rodríguez-Picavea, A ; Romañach,J, Publicación" Asistencia personal: Una inversión en derechos; una inversión eficiente en empleo". Foro de Vida Independiente - mayo de 2009

destacando las siguientes por su variedad: como las tareas del hogar; de acompañamiento; de conducción; de comunicación; de coordinación y tareas especiales. Todas dentro de la gestión de vida y de promoción de autonomía de la persona asistida.

Podemos considerar, por tanto, que la justicia se convierte en una especie de condición de posibilidad para la calidad de vida de las personas, entendiendo que dicha calidad de vida comporta tres dimensiones: una objetiva, otra intersubjetiva y otra subjetiva.

La dimensión objetiva alude a lo material que todo el mundo necesita, y, de alguna forma, se puede medir, objetivar y exigir según un catálogo de prestaciones públicas exigidas para todas las personas. Eso comporta una renta básica, acceso a bienes materiales (agua, energía, vivienda), acceso al trabajo y a la educación, prestaciones para la realización de las actividades de la vida diaria entre las que se encuentra la asistencia personal, etc. La dimensión intersubjetiva hace referencia a la dimensión interdependiente, relacional y comunitaria de los seres humanos, que se concreta principalmente en la igualdad de oportunidades para la vida social y la participación en igualdad como ciudadana/o en la construcción social.

1.2. Requisitos

La dimensión subjetiva de la calidad de vida hace referencia a la identidad y los valores propios de cada persona. La vida tiene estructura narrativa, se expresa como relato, y el narrador es el protagonista, o, como dice Ramón Bayés, “la persona es el viaje”, junto a su equipaje y diversos caminos, se deben interactuar estas distintas dimensiones y lograr el equilibrio en cualquier dirección⁵¹⁴.

En la actualidad, cuando hablamos de la mejora de los derechos de las personas con discapacidad, debemos ser conscientes de que la parte que nos toca promover y proteger es la de proporcionar los apoyos necesarios para la inclusión en la comunidad en condiciones de igualdad. En este sentido, los apoyos que se dan en la asistencia personal deben ir de la mano de una serie de competencias adquiridas ya por parte del profesional en el desempeño de sus funciones. Resultan imprescindibles, por tanto, que desde una configuración jurídica amplia, la regulación plantee un mecanismo de protección de los derechos adquiridos por el colectivo.

⁵¹⁴ 3 Román, B. 2016, “Ética en los servicios sociales: justicia, cuidado y calidad de vida”. Conferencia impartida en y publicada por el Institut Europeu d’Humanitat.

No debe dar lugar a detrimento alguno de los mismos, por ello, las competencias de la persona que presta el servicio deben ser, entre otras, las siguientes:

Flexibilidad. Se deben cambiar aquello que la persona necesite por circunstancias sobrevenidas de cualquier naturaleza (salud, necesidades, cambio de opinión, etc.).

Personalización del servicio. El mismo tipo de apoyo no vale para todas las personas por lo que cada persona necesita un apoyo pensado para ella.

Actitud de respeto. El apoyo tiene que respetar las decisiones de la persona con discapacidad y hacer posible su realización. No debe enjuiciarlas, pues esa no es su labor, sino llevarlas a cabo en lugar de la persona que por su discapacidad le necesita para ello.

Como punto en común a todas estas competencias mencionadas, está la de favorecer el tipo de relación profesional que parte de una base esencial, como es la de respetar a la persona con discapacidad en sus derechos, su seguridad y su dignidad. Estos contenidos, han tenido una propuesta y elaboración por parte del ámbito asociativo⁵¹⁵, ya que no existe una regulación estatal del asistente personal más allá de lo expuesto en orden a la prestación económica para la contratación del servicio de asistencia personal por parte de aquéllos dependientes cuyo PIA les contemple esta prestación. Tampoco existe una cualificación profesional, ni una regulación laboral específica, ambas cosas imprescindibles en cualquier profesión, donde queden reflejados los derechos y deberes del trabajador, las peculiaridades de esta figura laboral y garanticen el correcto desarrollo de sus funciones en las condiciones adecuadas, permitiendo así diferenciar esta profesión de otras profesiones ya existentes.

Procede, en consecuencia, plantear las distintas alternativas que se abren a la hora de regular ese servicio⁵¹⁶. Desde el ámbito de la promoción de la autonomía que reclamamos en este trabajo y en relación a la ley, podemos definir al Asistente como “un cuidador profesional, y como tal debe reunir las notas conceptuales previstas en el artículo 2 de la Ley 39/2006, que en su punto 6 define los “cuidados profesionales”, como “los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro”.

⁵¹⁵ Extraído de la guía de Asistencia Personal de Plena Inclusión.

⁵¹⁶ Maldonado Molina, J.A., «Configuración jurídica de la figura del asistente personal», en VVAA, Situación de la Asistencia Personal en España, PREDIF, Madrid, 2015 p. 40 y ss.

Si bien el derecho de vida independiente debe ser innato al colectivo como manera de vivir, la configuración jurídica del mismo por medio de la Asistencia Personal debe ir precedida de una serie de concreciones y capacidades por ambas partes, para hacer viable la relación desde el punto de vista jurídico⁵¹⁷ y desde el punto de vista de los apoyos necesarios.

Al comenzar a plantear la selección de la persona adecuada para este puesto, nos encontramos con un vacío tanto desde el punto de vista jurídico, como administrativo. No existe un convenio al uso para estos trabajadores, como tampoco está contemplada dicha figura dentro del Catálogo de cualificaciones profesionales, y los Servicios Públicos de Empleo no pueden iniciar una búsqueda bajo la denominación de “asistente personal” en sus bases, pues no existe tal denominación como hemos reflejado en varias ocasiones.

2. FUNCIONES A REALIZAR

Como ocurre en numerosas ocasiones con el denominado tercer sector, en sus experiencias y prácticas ha ido poniendo encima de la mesa, relativas a una exposición de funciones determinadas, podemos decir que podemos hacerlo desde las siguientes premisas⁵¹⁸:

El Asistente Personal debe saber que su trabajo, para la persona con discapacidad, se basa en que:

- Es un proyecto diferente para cada persona.
- Implica el desarrollo de su autodeterminación.
- Tiene que ver con realizar elecciones y tomar decisiones.
- Hace que se asuman responsabilidades y riesgos.
- Se desarrolla en un contexto de inclusión y participación.

La selección de un Asistente Personal es una tarea similar a la selección de cualquier otro trabajador. Para poder estar seguro de tener elementos objetivos

⁵¹⁷ Frente a la tesis de quienes sostienen que cualquier persona con discapacidad del tipo que sea, sobre, pueden ser sujetos de A.P: aunque estén gravemente afectados porque son titulares de este derecho, podemos proponer que, sin duda el derecho existe, pero que en la relación jurídica que aquí planteamos son necesarios unos requisitos mínimos por ambas partes. Del mismo modo que se puede tener el derecho a decir que sé es el dueño de la luna, pero otra cosa será, que se puede tener el título de propiedad o contrato de servicio sobre ella.

⁵¹⁸ En el Comentario General emitido al respecto del Artículo 19 de la Convención, por el Comité de Derechos de las Personas con discapacidad en 2017, se explicita de forma directa que: 8. (...)“Vivir independientemente y ser incluidos en la comunidad significa ejercer la libertad de elección y el control sobre las decisiones que afectan a la vida de uno mismo con el mismo nivel de autodeterminación e interdependencia dentro de la sociedad que los demás. Se refiere a todas las personas con discapacidad, independientemente del apoyo requerido (...)”. 19. (...) “Ni las cuestiones de capacidad jurídica, ni el nivel de apoyo requerido pueden invocarse para negar el derecho a una vida independiente y comunitaria para las personas con discapacidad”.

de juicio, conviene poner por escrito las necesidades personales, los horarios en que éstas se dan, lo que se espera del Asistente Personal y los requisitos que debe cumplir.

Para ello, suele ser muy útil hacer un cuadro de las necesidades diarias, como ya se ha señalado. Como orientación, se proponen algunos pasos a dar en la selección y contratación de un Asistente Personal⁵¹⁹:

1. Plasmar por escrito las condiciones del trabajo, las tareas habituales a realizar y los horarios pertinentes.
2. Concertar una entrevista personal e independiente con varias personas candidatas.
3. Observar si encaja con nuestras necesidades principales, atendiendo a sus referencias y características y al documento elaborado.
4. Explicar las tareas y actividades que deberá realizar y la remuneración a percibir, dándole una copia del documento previamente elaborado.
5. Pedir justificación de la cualificación cuando sea necesario, así como comprobar sus referencias cuando las aporte.
6. Es conveniente no descartar ningún candidato inicialmente, una vez se haya entrevistado a todos los candidatos, es mejor comunicarlo pasado unos días.

Todo esto, implica que encontrar a un Asistente Personal es una tarea bastante complicada, en muchas ocasiones. En primer lugar, muy poca gente sabe lo que es un Asistente Personal, por lo que a la hora de recurrir a los métodos tradicionales hay que hacerlo con otras palabras para describir el puesto de trabajo como: “cuidador de persona minusválida”, “cuidador de personas con discapacidad”, “auxiliar de ayuda a domicilio”, etc. Este es el tipo de terminología que se puede encontrar en los periódicos de anuncios de trabajo y en los portales de empleo. A través de estos métodos tradicionales se puede contactar con personas que buscan este tipo de empleo, que son los mejores candidatos a ser Asistentes

Personales, siempre y cuando acepten formarse en el nuevo perfil del puesto de trabajo.

3. CONFIGURACIÓN JURÍDICO-LABORAL. ALTERNATIVAS

Este tipo de prestación difiere según la Comunidad Autónoma ya que cada una de ellas, previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecerá las condiciones específicas de acceso. Este tipo de contratación puede hacerse de dos maneras:

⁵¹⁹ Hay muchas guías elaboradas por las AA:PP., como en el ejemplo de la Comunidad de Madrid

- a) Mediante la contratación directa: la prestación económica la recibe directamente la persona con discapacidad intelectual para pagar a su asistente. Esta modalidad se establece cuando hay un pago directo entre la persona que contrata el apoyo y el Asistente Personal.

La persona contratante debe de dar de alta en la Seguridad Social, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, a su asistente, así como firmar un contrato privado entre ambos. La contratación directa implica una relación laboral-jurídica entre las dos personas: Asistente Personal y la persona con discapacidad intelectual (si esta persona tuviera modificada su capacidad jurídica, esta relación se haría con el tutor). Esto implica la plena autogestión y control por parte de la persona con discapacidad intelectual, así como la responsabilidad jurídica de la relación laboral con el asistente personal.

Según el tenor de la Ley, el asistente ostentaría la condición de trabajador por cuenta propia, formalizando dicha relación a través de contrato de arrendamiento de servicios regulado por el Derecho Civil, sin que el dinero que perciba tenga la consideración de salario, sino contraprestación por sus servicios. El escaso marco regulador de la asistencia personal apoya esta lectura. Así, el artículo 19 de la Ley 39/2006 no habla de contratar un asistente personal, sino contratar el servicio: “contratación de una asistencia personal”.

- b) Mediante la mediación de un Servicio de Vida Independiente: este servicio de asistencia personal está impulsado y gestionado por una entidad social sin ánimo de lucro que apoya a personas con discapacidad intelectual. Dicho servicio tiene que estar dado de alta en la Comunidad Autónoma correspondiente, así como tener dicha autorización administrativa.

En este caso, la prestación económica la recibe directamente la persona con discapacidad intelectual para pagar el servicio. Es el Servicio de Vida Independiente quien contrata y da de alta al Asistente Personal y funciona de mediador entre ambas partes. En este tipo de modalidad es muy importante que se respete la libertad y autodeterminación de la persona con discapacidad, aunque el gestor sea una entidad. el contrato que une a la persona dependiente con la entidad o autónomo que le presta la asistencia no es un contrato laboral. Será un contrato de arrendamiento de servicios del Derecho civil, con una empresa o entidad debidamente acreditada que a su vez tendrá los correspondientes contratos laborales con sus trabajadores.

Asimismo, será un contrato de arrendamiento de servicios con un autónomo, en caso de ser trabajador por cuenta propia.

Como se ha visto, esta figura empieza a ser considerada especialmente en la legislación relacionada con la promoción de la autonomía y de la atención a las

personas en situación de dependencia, así como en distintos proyectos y experiencias que comienzan a desarrollarse en España. Incluso, en esta época de crisis sanitaria originada por la pandemia Covid-19, podemos decir que se debería haber postulado como una fuente de empleo y de solución a ambas partes implicadas en la relación y en ambos sentidos ya que también, muchas personas con discapacidad pueden desarrollarse profesionalmente asistiendo a otras personas con grado de dependencia.

Lo que la norma deja totalmente claro es que la relación laboral existente entre la empresa prestadora de los servicios y sus trabajadores es una relación laboral común, sin que pueda enmarcarse a efectos laborales en la relación laboral especial del hogar; ni a efectos de Seguridad Social en el Sistema Especial del Hogar. En efecto:

a) A efectos laborales, el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se da una nueva regulación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, en su artículo 2.c), excluye de su ámbito de aplicación las relaciones de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, de acuerdo con la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Ponemos de manifiesto cómo una interpretación literal del precepto conduciría a pensar que la exclusión solo opera cuando la contratación del asistente personal sea directa entre éste y una entidad pública o privada del sector de servicios a la dependencia, pero no cuando se tratase de una contratación directa con la persona dependiente. Pero en realidad no se contempla, porque la Ley 39/2006 no prevé esa relación directa como una relación laboral. En el campo de aplicación de la relación laboral del hogar, las actividades se limitan casi exclusivamente domésticas, de forma que si además de los servicios domésticos se realiza otro tipo de actividad, se consideraría una relación laboral común.

b) A efectos del encuadramiento en la Seguridad Social, el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regulaba el Régimen Especial de Empleadas de Hogar, ya que su artículo 3, apartado 1, párrafo d) —éste añadido por la Disposición Final 1.^a del RD 615/2007, excluye de su ámbito:

Los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación económica regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, así como los trabajadores dedicados a la asistencia personal, en los términos regulados en el artículo 19 de dicha ley, aunque en uno y otro caso, los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con la que aquélla conviva.

Para plantear las posibles alternativas, consideramos que la construcción debe venir de la mano de las siguientes reflexiones:

1. La figura del asistente personal es la de una persona trabajadora, que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal. Este trabajador será por cuenta ajena, en caso de que la persona dependiente haya contratado los servicios con una entidad o empresa (trabajador por cuenta de esa entidad); o por cuenta propia si lo contrata directamente la persona dependiente. Pero en ningún caso tendrá una relación laboral con la persona dependiente⁵²⁰.

Consideramos, por ello, la mejor opción, desde un punto de vista económico, es que las personas con dependencia pueden contratar a través de dos vías (en ambos casos con un contrato civil):

a) bien con una empresa o entidad (con las distintas fórmulas jurídicas que hay), que le suministraría los asistentes personales (que serían contratados laboralmente por la empresa, con un margen de elección para respetar la voluntad del usuario).

b) bien con un asistente directamente, debiendo éste darse de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos y cotizar al mismo, lo cual económicamente difícilmente sería rentable para el asistente teniendo en cuenta el importe de la prestación. También es la mejor opción desde el punto de vista jurídico, entre otras razones porque no se dan las características constitutivas de una relación laboral.

Por otra parte, el artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores advierte que estará excluido de la legislación laboral “todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo”.

La ausencia de uno de los rasgos configuradores del contrato de trabajo es causa de esta exclusión, que en términos generales afecta a la actividad que se desarrolle a través de contratos de índole civil o mercantil cuyo objeto consista en una prestación personal, como pudiera ser la del arrendamiento de servicios. Ello lo fundamentamos en base a varios pilares fundamentales:

⁵²⁰ Una opción sería un sistema especial similar al del hogar, pero es un sistema que está en un proceso de equiparación con el Régimen General, con objeto de dignificar el trabajo de las empleadas del hogar, y darles la cobertura suficiente de la que tradicionalmente han carecido, y siguen careciendo.

1.- Modelo de las Capacidades: Es decir, se debe garantizar las capacidades humanas básicas y de promoción de autonomía⁵²¹. Sólo cuando se encuentran cubiertas las necesidades vitales y de inclusión en la sociedad, es cuando podemos decir que tenemos una vida plena y digna.

Consideramos que el acuerdo Inter partes sobre la prestación de los servicios, supone la fórmula jurídica que más se adecúa a la filosofía del movimiento de vida independiente, dado que se asienta en una relación directa entre la persona con diversidad funcional y el asistente.

Si esta relación se viera sometida a una serie de requisitos, como pudiera ser la de la relación laboral con todo lo que implica (alta con código cuenta de cotización, alta en la seguridad social con los pagos correspondientes, formación en materia de Seguridad y Salud Laboral, etc.), en caso de no poder hacerlos posibles, eso implicaría que, de alguna forma, se “pierde” su dignidad humana.

Resulta importante conocer que el aporte es la visión de “calidad de la vida humana” y la definición que hace de las condiciones necesarias para esa calidad la persona con discapacidad; ello implica, además, que la sociedad tiene que trabajar para facilitar, de todas las formas posibles, que toda persona pueda alcanzar estas capacidades, en el ejercicio de su plena capacidad de obrar, como un todo, en sus derechos fundamentales.

Junto a esto, hay que contar con el hecho de que al concretarse caso a caso la prestación de los servicios permite la adaptación hacia las necesidades específicas, definiéndose de forma individualizada las funciones a desarrollar, tiempo de trabajo y demás condiciones de prestación de servicios, que difícilmente podrían contemplarse en una relación laboral (que debería acotarse a las jornadas laborales y descansos previstas por la normativa laboral). Igualmente, y dado que la relación de confianza es uno de los pilares de esta relación, permitiría la extinción del contrato con mayor flexibilidad que si fuera una relación laboral.

Si se regula como relación de prestación personal (arrendamiento de servicios), habría un régimen de igualdad entre contratantes, reflejando la complicidad y relación cordial que debe presidir la convivencia entre asistente y persona con diversidad funcional.

⁵²¹ Según las teorías de Martha Nussbaum (“enfoque de las capacidades”) diez capacidades humanas básicas, que son las que otorgan dignidad a la vida y a la persona humana (vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego; y control sobre el propio entorno.

2, Modelo de la Autodeterminación. En este sentido, entendemos una mejor inclusión de la A.P. en el significado de Autonomía de la CIF, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, cuando habla de Derechos Humanos: “derecho a la autodeterminación o autonomía; y el derecho a controlar el propio destino” y cuando habla de “tomar decisiones”: “elegir una opción entre varias, llevar a cabo la elección y evaluar los efectos (...) o decidir poner en práctica y realizar una tarea de entre varias [...]”.

3. Modelo de la relación de carácter civil . Ponemos de manifiesto, al respecto, que el que fuera una relación laboral especial acarrearía numerosos inconvenientes, al margen de la premisa de que jurídicamente no encaja en una relación laboral. Como relación laboral:

- 1) La relación no es entre iguales, sino que se parte de una relación económica en la que el empleador tiene una situación preeminente, siendo función del contrato de trabajo evitar que esa preeminencia se refleje en lo jurídico, para lo cual se fijan unos límites a la contratación.
- 2) En coherencia con lo anterior, deberían acotarse las funciones a realizar, jornadas, vacaciones, retribución mínima, realización y retribución de horas extraordinarias, causas de extinción, etc.
- 3) Además de los aspectos laborales, debería contemplarse los relativos a la Seguridad Social de los asistentes. Evidentemente, deberían tener garantizada una protección social digna, lo cual implica el fijar un régimen de cotización con cuota obrero-patronal.

En definitiva, creemos que la fórmula jurídica que más se adecua, no solo desde un punto de vista técnico, sino por acomodarse a la filosofía de vida independiente (contratación directa, entre iguales, con un sistema de máxima confianza), es el arrendamiento de servicios. El arrendamiento de servicios es aquel contrato por el cual una persona se obliga respecto de otra a realizar, de manera independiente, una actividad o trabajo mediante una remuneración cierta. El contrato de arrendamiento de servicios se define en el artículo 1544 del Código Civil junto al de obra al establecer "en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto".

Tras la reciente Sentencia de la Sala 4 del TS de 16 de noviembre de 2017 en la que nuestro alto Tribunal reconoce la existencia de relación laboral entre un traductor y su empresa, nos lleva nuevamente a la necesidad de tener clara la diferenciación entre una y otra relación. El TS en la mencionada Sentencia considera probada que la relación laboral entre un traductor y su empresa es una relación laboral, al considerar probada que la prestación de servicios profesionales se realiza sometándose a las exigencias de día, hora y lugar

impuestas por el organismo que requiere los servicios, percibir una retribución fija y dado que la prestación se inserta dentro de la organización de trabajo de la empresa.

El alto tribunal, aplicando su doctrina consolidada, considera que la relación entre las partes es de naturaleza laboral al darse las notas de ajenidad y dependencia, en base a los siguientes indicios: a) El trabajador asumía la obligación de prestar personalmente los servicios de traducción e interpretación para la empresa; y aunque no tiene un horario fijo, éste venía impuesto por las necesidades de los organismos solicitantes de los servicios fijando el día, hora y lugar al que el mismo ha de acudir. Por ello, aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar. b) Dicha actividad la desempeñaba a cambio de una retribución, percibiendo una cantidad fija y periódica (mensual) determinada por la demandada en proporción con la actividad prestada; debía justificar las horas que había trabajado, mediante la presentación mensual de facturas a la que se acompaña certificación del órgano judicial en el que han realizado su actividad, percibiendo una cantidad fija por hora trabajada. c) No consta la existencia de algún tipo de estructura empresarial sino por el contrario se insertaba en la organización de trabajo de la entidad demandada. d) No desvirtúa la laboralidad de la relación la no prestación de servicios a tiempo completo, ni que no conste régimen de exclusividad. e) Tampoco impide la calificación de laboral de la relación el hecho de que la empresa no facilitase los medios materiales ya que, dadas las características del trabajo que realizaba -traducción e interpretación- descansa fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales. f) Como señala la doctrina del TS, la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado, ausencia del carácter personal de la prestación.

Por ello, se desestima el recurso para la unificación de doctrina y se confirma la sentencia dictada por el TSJ declarando el carácter laboral y no de arrendamiento de servicios de la relación entre la empresa y el trabajador.

En conclusión: para que la relación sea mercantil será básico que concurren un horario libre y la ausencia de poder de dirección. El contrato suscrito deberá clarificar la libertad del profesional en cuanto a horario y organización del trabajo. La persona necesitada de asistencia sólo puede darle pautas de actuación, pero no tiene poder de dirección ni disciplinario sobre él. El contrato debe dejar claro que el profesional es libre en cuanto a horario y forma de organizar su trabajo. Usted sólo podría darle pautas de actuación, pero no puede ejercer poder de dirección ni disciplinario sobre él.

Consideramos importante tener en cuenta que, aunque todos estos puntos queden muy bien reflejados en un contrato de prestación de servicios, ello sólo

supondría el cumplimiento de un aspecto formal, la realidad también debe ajustarse lo máximo posible a lo reflejado en el contrato, ya que tal y como ha dejado claro nuestro TS en la mencionada Sentencia en las profesiones liberales la nota de dependencia que diferencia la relación laboral del arrendamiento de servicios se encuentra muy atenuada.

4. SU REGULACIÓN EN ESPAÑA

Según el catedrático Maldonado, en la obra referenciada de la Situación de la Asistencia Personal en España: “En nuestro Ordenamiento Jurídico se carece de una regulación general de dicha figura. Y es que, a la hora de conformar el estatuto jurídico del asistente personal, hay que partir de que podrán recurrir a ellos no solo las personas en situación de dependencia, sino que se extendería a las personas con discapacidad que lo requieran (ello sin perjuicio de que las que tengan reconocido un grado de dependencia, puedan ser beneficiarias de una prestación que ayude a su contratación, si así lo prevé su programa individual de atención, PIA). Puede existir una relación asistente personal-persona con discapacidad fuera de la Ley de Dependencia (personas que no tengan reconocido un grado de dependencia, o teniéndolo no tengan prevista esta prestación económica dentro de su PIA), aunque la prestación económica solo procede en los supuestos contemplados por el artículo 19 Ley 39/2006.

Podemos convenir, a tenor de lo estipulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, el asistente personal siempre será un trabajador (disposición final 1^a), pero será trabajador por cuenta ajena de la empresa o entidad con la que el dependiente contrate sus servicios; o trabajador por cuenta propia si lo hace directamente con él. En el caso de que sea trabajador por cuenta ajena (que será el supuesto habitual), su relación laboral se encontrará regulada por el Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de que la negociación colectiva (de empresa o sectorial), regule determinados aspectos, como ocurre normalmente en nuestro sistema de relaciones laborales⁵²². Este tipo de contratación es la más habitual actualmente además esta prestación difiere, como hemos dicho, en función de cada Comunidad Autónoma.

Sin embargo, y como pone de manifiesto Elena Ortega, se hace necesario hablar de la “incompatibilidad que existe entre la necesidad de la persona de cubrir los

⁵²² Otra cosa es que mediante la disposición transitoria decimotercera del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, se incorpora la modificación de los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia, siendo los suscriptores los obligados al pago del citado convenio que pasa a tener carácter voluntario. Los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia que sean perceptores de la prestación económica regulada por el R.D. 615/2007 de 11 de mayo.

365 días al año, 24 horas al día, y los derechos relativos al descanso de los trabajadores⁵²³.

La contratación privada, consiste nuevamente en las dos modalidades mencionadas anteriormente:

- Contratación directa
- Servicio de Vida Independiente

En ambos casos, el coste total del servicio o del apoyo del Asistente Personal, queda financiado íntegramente por las personas con discapacidad o por la Administración Pública que lleve a cabo la prestación del servicio.

Frente a ello, la posición predominantemente civil que ostentamos, de que la persona que presta la asistencia será un trabajador siempre, hace que se hable de Vida Independiente más allá de las connotaciones laborales de ayuda domiciliaria, cuidados, prestación de asistencia, etc.

En el ámbito de la Dependencia, como hemos indicado, la prestación de asistencia personal tampoco aparece totalmente perfilada en la Ley 39/2006. Su artículo 19 (modificado por el RDL 20/2012) se limita a indicar cómo la “La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación”.

Aunque, siguiendo la tónica general de la Ley 39/2006, son más las cuestiones que se remiten a una ulterior regulación que las que se concretan, sí podemos extraer unas notas definitorias de su régimen jurídico.

La finalidad de la asistencia, como expresamente indica el artículo 19, se busca «la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia», colaborando económicamente al acceso a un servicio de asistencia personal «que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria», es decir, que desarrolle una vida independiente.

⁵²³ Ortega Alonso, E. (2015): “Conclusiones”. En Ortega, E.(coord.), Situación de la asistencia personal en España, 145-147, Madrid, <[https:// www.asistenciapersonal.org/informe.pdf](https://www.asistenciapersonal.org/informe.pdf)>.

De este modo, se hace una enunciación de cuáles son los ámbitos en los que el asistente personal puede coadyuvar a la promoción de la autonomía personal, distinguiendo dos esferas: la de las ABVD; y b), las del acceso de la educación y al trabajo.

La primera de las esferas (la asistencia en las ABVD) es el escenario básico del que se parte, y que define la propia situación de dependencia. El asistente puede posibilitar que la vida de la persona dependiente sea más autónoma si presta sus servicios en esa esfera, manteniendo a la persona dependiente en su domicilio, y realizando con su ayuda actividades que sin él sería imposible.

La segunda esfera es la que marca el elemento diferencial respecto de otras prestaciones del SAAD (fundamentalmente el SAD), ya que específicamente se alude a la atención personal para desarrollar dos esferas clave del libre desarrollo de la personalidad, como son la vida educativa y la vida laboral. En este punto, hubiera sido deseable que la norma, hiciera alusión a otras necesidades, como hacía el Libro Blanco de Atención a las Personas en situación de dependencia en España, de 2004, que señalaba que esta atención personal debía cubrir «otra serie de necesidades, además de las específicas de la vida diaria.

El ámbito de actuación al que nos referimos está conformado por las necesidades educativas, rehabilitadoras, laborales y de ocio, para las que se precisan de asistencia de tercera persona», añadiéndose en el mismo texto que este servicio debe ser lo suficientemente flexible para que cubra también las otras necesidades específicas de la vida diaria.

Hay dos cuestiones a tener en cuenta en este punto en relación con el ámbito subjetivo:

- a. Edad de la persona beneficiaria.

El Anteproyecto de Ley de Dependencia excluía de esta prestación a los mayores de 65 años, exclusión que fue eliminada a raíz del dictamen del Consejo de Estado. Parecía que la promoción de la vida independiente requería de un asistente personal para la vida laboral (y educativa), por lo que fuera del ciclo vital laboral y formativo la figura del asistente carecía de sentido. Sin embargo, finalmente no se limitó a esa edad, porque la vida laboral y educativa puede desarrollarse por encima de los clásicos 65 años.

- b. El Grado de dependencia.

La redacción originaria de la Ley 39/2006 limitaba esta prestación a quienes tuvieran reconocido el Grado III de dependencia (Gran Dependencia). Con el RDL 20/2012 se amplió a todos los grados de dependencia contemplados en la

Ley (Grado III, II y I) ⁵²⁴El Libro Blanco también parecía comulgar con esta visión restrictiva, al señalar que «*Las personas con una grave discapacidad presentan otra serie de necesidades, además de las específicas de la vida diaria*», lo que posiblemente dio lugar a que cuando se reguló la prestación se hiciera de forma excluyente para los grados II y I. El objetivo, por tanto, de la prestación es «*contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas*».

También, debemos tener en cuenta que —tras la reforma introducida por el RD 1050/2013, de 27 de diciembre— la A.P. no es una prestación económica, sino que forma parte de la nueva categoría híbrida llamada «Servicios a través de prestaciones económicas» (donde se incluyen la prestación económica de asistencia personal y la prestación económica vinculada al servicio). Ello no quiere decir, que esta prestación financie en su totalidad el servicio, sino que contribuye a su contratación.

La cuantía establecida en el contrato suscrito por la persona beneficiaria, en concepto de contraprestación del asistente personal, no podrá ser inferior a la cuantía máxima establecida reglamentariamente para la respectiva prestación. Todo el importe irá para la contratación, pero sin que necesariamente la cuantía de la contraprestación se cubra íntegramente con la prestación”⁵²⁵ .

En cuanto al encuadramiento en la Seguridad Social del asistente, será distinta, como recuerda la disposición adicional tercera del RD 615/2007, al indicar lo obvio: su encuadramiento en la Seguridad Social «se regirá por lo dispuesto en las normas de Seguridad Social que resulten de aplicación. Así, en caso de que el asistente personal tenga una relación laboral con un centro o institución de atención a la dependencia, se encuadrará en el Régimen General de la Seguridad Social (nunca en el Sistema Especial de Empleadas de Hogar, art. 3.1 d) RD 2346/1969 de 25 de septiembre). La persona dependiente no tendría, en consecuencia, ningún tipo de carga ni responsabilidad al respecto.

Si la relación es civil, al contratarse directamente entre persona dependiente y asistente, el cuidador profesional tendrá la consideración de trabajador autónomo, haciéndose preciso entonces su encuadramiento y afiliación en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA). En este punto, no hay que obviar que la cuota de la Seguridad Social será

⁵²⁴ (tal y como se contempló en la Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia).

⁵²⁵ Páginas 36-40 del Estudio.

a cargo exclusivamente del autónomo, con las dificultades económicas que ello acarrearía según el caso.

Entre los avances que se están llevando a cabo, destaca la idea de buscarle una regulación específica ya que, como hemos visto anteriormente, no se regula esta figura jurídica, sino que se ha venido aplicando de forma análoga la de cuidadores no profesionales o la de empleados del hogar⁵²⁶, por lo tanto, creemos que la mejor manera de regulación es a modo de especialidad, la referencia a la pronta publicación del Decreto de Asistencia Personal en Andalucía como guía cuando alcance su entrada en vigor.

Así, podemos decir como requisitos del Asistente Personal, sin ánimo de ser exhaustivos, los siguientes:

1. La persona encargada de la asistencia personal deberá cumplir y acreditar los siguientes requisitos generales:

a) Tener más de 18 años

b) Residir legalmente en España, al momento de efectuar la solicitud de la prestación, y mantenerla durante todo el periodo en que la misma se perciba.

c) Estar de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad social.

d) Cumplir las condiciones de idoneidad necesarias para prestar los servicios derivados de la asistencia personal, en función de los apoyos requeridos. Se entenderá cumplido este requisito cuando se acredite contar con la formación necesaria o experiencia acreditada de acuerdo con la normativa vigente.

e) No ser cónyuge o pareja de hecho de la persona beneficiaria, ni tener con ella una relación de parentesco hasta el tercer grado, por consanguinidad, afinidad o adopción. Se entenderán como relaciones asimiladas las de las personas tutoras y las personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento.

f) En el caso de que la persona beneficiaria de la prestación sea menor de edad, certificado negativo del registro de delincuentes sexuales (art.13,5 de la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor).

2. En el medio rural, cuando no dispongan de las personas con la acreditación requerida para las categorías mencionadas anteriormente, y se acredite la no existencia de demandantes de empleo en la zona con estas

⁵²⁶ Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

características, mediante certificado de la Oficina de Empleo correspondiente, las personas que no cuenten con la cualificación profesional exigida podrán ser contratadas, hasta que sus puestos puedan ser ocupados por profesionales cualificados, o adquieran la cualificación correspondiente.

Para ello, las administraciones competentes, en colaboración con las empresas, impulsarán las acciones oportunas para promover la acreditación de estos profesionales. Se entiende por zona rural lo establecido en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural. Artículo 7. En la referencia a las Modalidades de contratación, podemos destacar varias cuestiones:

1ª. La contratación de los servicios de asistencia personal podrá realizarse en alguna de las siguientes modalidades:

a) Mediante contrato con una entidad acreditada para la prestación de estos servicios.

b) Mediante contrato laboral o de prestación de servicios con la persona que preste la asistencia personal, en el que se incluyan las condiciones y directrices para la prestación del servicio propuestas por la persona beneficiaria y, en su caso, la cláusula de confidencialidad que se establezca.

2ª. El contrato deberá celebrarse por escrito y en el mismo deberá incluirse, como mínimo, además del objeto de la asistencia personal y la cláusula de confidencialidad, la duración, el período de prueba, la jornada de trabajo, la retribución y las causas de extinción.

3ª. Con carácter previo a la firma del contrato, se acreditará la formación necesaria.

4ª. Deberá acreditarse el cumplimiento de las condiciones de afiliación, alta y cotización al correspondiente régimen de la Seguridad Social. En caso de contratación directa además se justificará con la correspondiente nómina.

En otro sentido, si la relación es civil, al contratarse directamente entre persona dependiente y asistente, el cuidador profesional tendrá la consideración de trabajador autónomo, haciéndose preciso entonces su encuadramiento y afiliación en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) ⁵²⁷.

⁵²⁷ En este supuesto, la cuota de la Seguridad Social será a cargo exclusivamente del autónomo, con las dificultades económicas que ello acarrearía según el caso.

En definitiva, consideramos que el arrendamiento de servicios es la fórmula jurídica que más se adecua a la filosofía del movimiento de vida independiente, dado que se asienta en una relación directa entre la persona con diversidad funcional y el asistente, con determinación de las actividades a cubrir, dotada de flexibilidad según exigencias sobrevenidas, etc. Se daría así sentido a la relación en la dualidad, según se ha visto de regulación de índole civil o mercantil⁵²⁸.

Es muy relevante en este sentido la Sentencia la del Juzgado de lo Social nº 2 Zaragoza en la Sentencia 3 2019 de 10 de enero, rec. 726 2017 (caso Echenique).

Efectivamente, “la sentencia de Zaragoza determinó la obligación de dar de alta al asistente personal de una persona con discapacidad, aunque trabaje sólo 1 hora al día. Una persona con discapacidad en situación de dependencia, contrató con una empresa un servicio de ayuda a domicilio, pero cuando ésta le comunicó que iba a dejar de prestar este tipo de servicios de ayuda a domicilio, ambas partes consensuaron continuar la relación en los mismos términos que los existentes hasta entonces, pero ya sin la intervención de la empresa.

Nunca llegaron a formalizar un contrato, y los pagos se hacían en metálico, sin justificante alguno. Junto a ello, las funciones del empleado eran las propias de asistencia personal de ayuda a domicilio, tales como asearse, ducharse, vestirse y levantarse de la cama no realizaba actividades de fisioterapia, rehabilitación, preparación y/o toma de medicación. La prestación de servicios tuvo una duración de casi un año, momento en el que se comunicó que se prescindía de sus servicios”⁵²⁹.

Los aspectos que llevaron a la intervención judicial de la TGSS por medio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social fueron básicamente la naturaleza del servicio y la duración de la prestación. Destacan para ello varios aspectos:

- De un lado, la voluntariedad de realización de las tareas encomendadas de apoyo tanto de carácter personal como domiciliario, es decir, las labores a realizar por el asistente se concretaban según las necesidades y se realizaban en el hogar familiar.
- De otro, la continuidad de las labores las dotaba de carácter diario, según el horario y la retribución establecida de manera fija.

⁵²⁸ no se dan las características constitutivas de una relación laboral. El artículo. 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores advierte que “estará excluido de la legislación laboral «todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo”,

⁵²⁹ <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/02/12/es-obligatorio-dar-de-alta-al-asistente-personal-de-una-persona-con-discapacidad-aunque-trabaje-solo-1-hora-diaria>.

- Junto a lo anterior, su ámbito de aplicación venía establecido en base al SAAD. Lo que supone que los derechos y las prestaciones que les corresponden a las personas beneficiarias de los mismos se establecen a cargo de las diferentes AA.PP.
- No obstante, lo anterior, las partes pueden determinar la naturaleza de la relación jurídica y las normas laborales concretas para la misma.

En el caso concreto, varias son las cuestiones a dilucidar en base a la aplicación del ET y del Real Decreto 1620 2011 de la relación especial del servicio doméstico:

- i) el Juzgado entiende que no son aplicables al caso las normas reguladoras de la dependencia.
- ii) Según las normativas específicas anteriores, el 'órgano judicial concluye que no hay duda de que estamos ante una relación laboral de carácter especial.
- iii) Esto supone que, al existir una relación laboral, el empleador (persona dependiente), tendría que haber dado de alta a su asistente.
- iv) El régimen adecuado es el alta como empleado de hogar.

“El fallo, ratifica el expediente sancionador de la Seguridad Social, que levantó un acta de liquidación que asciende a 1039 euros. La razón es que esta situación, conlleva la responsabilidad de alta del empleado en el RGSS en esta relación laboral especial, tal y como determinó la Inspección en su informe correspondiente⁵³⁰.

La sentencia, ha sido confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (STSJ AR 858 2019 de 27 Septiembre).

En definitiva, el argumento de la parte sancionada de quedar fuera de toda culpa no es admitido por los órganos judiciales. En primer lugar, porque no es posible una exculpación de la responsabilidad del empleador, por tener la creencia, incierta por no comprobada, de que su asistente era autónomo. En

⁵³⁰ El trabajo de su asistente consistía en asistirle en sus tareas personales, para lo que acudía a primera hora de la mañana al domicilio de la persona con discapacidad de lunes a sábados. Esta labor se alargaba en torno a una hora y cobraba 11 euros "en efectivo", según la prueba practicada en autos. Por ello, deberá ingresar en la Seguridad Social 1 039 85 euros por falta de alta y cotización al RGSS.

segundo lugar, tampoco es posible la exención de la responsabilidad, por suponer que su empleado estaba dado de alta y cotizaba él mismo en el Régimen Especial del Trabajador Autónomo. (en adelante RETA). En tercer lugar, tampoco porque desconociese que durante ese mismo tiempo hubiese estado cobrando el paro⁵³¹.

La responsabilidad por todo ello recae en la persona en situación de dependencia y nos garantiza un cierto grado de control de la gestión pública que en base a sus decisiones judiciales, van aclarando el camino de esta figura que se prevé largo y continuado en el tiempo par cada vez más personas con discapacidad y dependencia que reclaman una mayor autonomía y calidad en sus vidas.

No cabe duda de que la casuística mencionada pone de manifiesto los abusos que se pueden dar por parte de las personas con discapacidad cuando el Sistema no le permite claramente optar a una figura jurídica simplificada. No estamos hablando de que haya una desprotección de las personas a prestar el servicio, sino de que no se imprime carácter concreto y directo a una figura jurídica escasamente desarrollada como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo.

Todo ello, sin duda en base a los criterios de buena fe de las partes interesadas, ya que , independientemente de las demás connotaciones, el servicio y su utilización deben ser en todo momento conformes a derecho.

⁵³¹ Op.cit. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/02/12/es-obligatorio-dar-de-alta-al-asistente-personal-de-una-persona-con-discapacidad-aunque-trabaje-solo-1-hora-diaria>.

VII CUALIFICACIÓN PROFESIONAL

Como antecedentes, ponemos de manifiesto una búsqueda de información para determinar el marco precedente de la nueva ley de Formación Profesional:

- a) Derechos de las Personas con discapacidad y vida independiente.
- b) Asistencia personal y ética del cuidado.
- c) Diversidad funcional, discapacidad y promoción de la autonomía individual.
- d) Accesibilidad y comunicación.
- e) Factores ambientales y productos o servicios de apoyo.

Para el Asistente Personal, varios son los puntos que destacar de forma separada al apartado anterior, ya que la existencia de una nueva normativa profesional, pone encima de la mesa, las condiciones de capacidad e idoneidad necesarias para prestar los servicios derivados de la asistencia personal, que se valorarán directamente por parte de la persona beneficiaria en base a su libertad de contratación, sin que dicha valoración exima a la persona encargada de la asistencia personal, de la obligación de reunir y acreditar los requisitos de formación exigidos en la normativa vigente.

Hasta ahora lo que se ha venido haciendo es una formación: básica de 50 horas llevadas a cabo por las organizaciones del tercer sector y por una contratación directa o a través de empresa prestadora de servicios; unas cuantías que depende de las necesidades de apoyo que requiera la persona para su proyecto de vida⁵³².

1. NUEVO MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA: LEY ORGÁNICA 3/2022 DE 31 DE MARZO DE ORDENACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL

En la actualidad, expone el preámbulo, muchas personas en nuestro país no disponen de esas capacidades, lo que pone en riesgo el bienestar personal y social. Lo pone de manifiesto, por ejemplo, el elevado desempleo estructural, el fuerte abandono escolar temprano, las brechas de género, o los sesgos que

⁵³² Cálculo medio: el equivalente al coste de una plaza residencial, que cifran en 11 horas/día de asistencia personal En caso de ingresos altos, copago máximo: 40% del coste 100% de la prestación si sus ingresos son inferiores a 2,5 veces el IPREM.

afectan, especialmente, a determinados colectivos, como las personas con discapacidad. En otros casos, personas que sí disponen de esos conocimientos y habilidades profesionales por haberlas adquirido a través de la experiencia laboral no tienen, sin embargo, una forma fácil y eficaz de reconocer y certificar esos conocimientos. Esta circunstancia, que prácticamente afecta a la mitad de la población activa del país, limita el progreso profesional de muchas personas trabajadoras y, en muchas ocasiones, su propia continuidad en el empleo. En ambos casos estas situaciones privan a esas personas de las oportunidades para realizarse plenamente como tales.

Es la privación de oportunidades la que supone una limitación al derecho de ciudadanía reconocida en nuestra Constitución, así como en el Pilar Europeo de los derechos sociales, la Carta Social Europea, y la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este riesgo de limitación de ciudadanía aumenta cuando tomamos en consideración que el fuerte cambio tecnológico y económico al que estamos sometidos exige una adecuada cualificación y flexibilidad del capital humano para adaptarse a las circunstancias cambiantes de la economía y de la tecnología.

A la vez que muchas personas no encuentran empleo, el sistema empresarial no logra cubrir algunas de sus ofertas de empleo. Las vacantes son especialmente elevadas en niveles intermedios de cualificación –vinculados a la formación profesional–. El escaso desarrollo de las cualificaciones intermedias en la estructura formativa española exige duplicar, con rapidez, el número de personas con este tipo de formación para poder responder a las necesidades del sistema productivo.

El instrumento más potente para generar oportunidades para las personas con discapacidad, en nuestro caso, es crear esta población con cualificaciones laborales intermedias y superiores formadas para la Asistencia Personal es un eficaz Sistema de Formación Profesional (en adelante SFP)⁵³³.

La nueva ley y su relación con las personas con discapacidad son referidas en varios momentos del articulado. Por un lado, y como principios generales del SFP, el art. 3.1h) como la centralidad de la persona, potenciando el máximo desarrollo de sus capacidades, promoviendo su participación activa, el desarrollo de sus habilidades interpersonales y contribuyendo a superar toda discriminación por razón de nacimiento, origen nacional o étnico, sexo,

⁵³³ Esta es la evidencia comparada de otros países europeos. Pero también la que revelan los datos de la propia economía española. La elevada tasa de desempleo juvenil española desciende más de cinco veces entre titulados de Formación Profesional.

discapacidad, vulnerabilidad social o laboral, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por otro lado, se referente al ámbito de los derechos individuales y sociales, reconoce el derecho de toda persona a una educación, formación y aprendizaje inclusivos, continuos, permanentes y de calidad, que permita mantener y adquirir capacidades para participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral, que establece el Pilar Europeo de Derechos Sociales y la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Entre los objetivos del SFP se establece la necesidad de una configuración flexible, modular y acorde con los planteamientos a escala de la Unión Europea de la formación profesional, basada en itinerarios formativos i) accesibles, progresivos, acumulables y adaptados a las necesidades individuales y colectivas, teniendo en cuenta la edad, el sexo, la discapacidad en su caso, y la situación personal o laboral y ii) dirigidos a un abanico de perfiles profesionales comprensivo, desde los generalistas hasta los altamente especializados[---]” .

Este objetivo se hace eco de las necesidades de los apoyos que necesitan las personas con discapacidad. En concreto expone el texto como objetivos como la provisión de orientación profesional que facilite a las personas, a lo largo de la vida, la toma de decisiones en la elección y gestión de sus carreras formativas y profesionales, combatiendo los estereotipos de género, los relacionados con la discapacidad o las necesidades específicas de apoyo educativo, colaborando en la construcción de una identidad profesional motivadora de futuros aprendizajes y adaptaciones a la evolución de los procesos productivos y al cambio social, y favoreciendo el conocimiento de las oportunidades existentes o emergentes en los entornos rurales y las zonas en declive demográfico.

Para ello, será necesaria la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y, en general, de personas y colectivos con dificultades de inserción socio laboral en el acceso y el proceso de formación profesional habilitante y facilitadora de la inserción en el mercado laboral.

Por otro lado, y con relación a los ciclos de grado medio y superior, Podrán acceder a los ciclos de grado medio y superior, se exigen los requisitos establecidos en el art. 41 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, o quienes cuenten con un Certificado Profesional contenido en el ciclo formativo. Para ello, las administraciones educativas deberán a) Convocar anualmente pruebas de acceso a todos los ciclos formativos que se oferten para aquellas personas que no cumplan los requisitos de acceso.

Estas pruebas, deberán hacerse destacando la acreditación para la formación profesional de grado medio, las competencias de educación secundaria obligatoria y, para la formación profesional de grado superior, el grado de madurez, en relación con las competencias de la educación secundaria postobligatoria.

Asimismo deberán ealizarse, adoptando las medidas necesarias para asegurar la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato, la no discriminación de personas con necesidad específica de apoyo educativo y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad que se presenten, incluida la realización de ajustes razonables.

La formación dual, teórico-práctica, que se pretende como base del SFP, lleva aparejada la figura de una persona tutora que, según el art. 60, existirá en cada centro de formación profesional dual. Será la persona de referencia que deberá existir, al menos, para cada una de las familias profesionales que en él se impartan. Llevará a cabo, su tarea con cada persona en formación en estrecha colaboración con el tutor dual de las empresas u organismo equiparado. Asimismo, velará por la no discriminación en materia de discapacidad.

Esto es un ejemplo de lo que hemos venido defendiendo en esta tesis de la figura del gestor de apoyos. Creemos que es un acierto de la norma la referencia a estos apoyos desde dentro del Sistema para que vaya teniéndose en cuenta lo que podemos denominar la necesaria transversalidad de los derechos en el Sistema, por medio de la promoción, desarrollo y defensa de estos en este desafío público. Por lo tanto, como principales retos destacan⁵³⁴:

- 1.- Adecuar los niveles de cualificación de la población activa a las necesidades de los sectores productivos.
- 2.- Desarrollar un sistema de Formación Profesional (en adelante FP) a lo largo de la vida flexible, accesible, acumulable, acreditable y capitalizable.
- 3.- Aumentar el porcentaje de jóvenes que eligen F.P.
- 4- Incrementar el número de plazas de F,P, y ajustar la oferta a las necesidades del mercado laboral.
- 5.- Acreditar la experiencia laboral de las personas activas que no tienen acreditación de sus competencias profesionales (46%).

⁵³⁴ <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:eeea54c0-c2fc-41a8-8451-e62599154d50/doc-ley-fp.pdf>

6.- Aumentar el número de horas de formación que realizan los trabajadores y personas en búsqueda de empleo para equipararnos con los países más avanzados.

7.- Incorporar la innovación, el emprendimiento, la digitalización, y la sostenibilidad en una oferta formativa actualizada, atractiva y flexible, que de respuesta a las necesidades de formación de la ciudadanía y de las empresas.

8.- Establecer un sistema de orientación profesional que acompañe a los ciudadanos en su toma de decisiones formativas.

El hecho de que la regulación se haya realizado por medio de ley orgánica supone por un lado el reforzamiento de la apuesta por esta formación y, por otro una garantía institucional de los derechos individuales y sociales recogidos en la Constitución Española, en el Pilar Europeo de los Derechos Sociales y en la Carta Social Europea.

En la ley, se conforman tres pilares esenciales como son:

- Las ofertas de formación
- La orientación profesional
- La acreditación de competencias profesionales

En relación con los grados en formación, se establece un sistema único organizado, siendo:

- Grado A: acreditación parcial de competencia.

Un resultado de aprendizaje incluido en una oferta superior

-Grado B: certificación de competencia. Un módulo profesional incluido en una oferta superior.

-Grado C: Certificado Profesional. Niveles 1, 2 y 3

-Grado D: Ciclos Formativos de F.P. Grados básico, medio y superior

-Grado E: Cursos de Especialización- En Grado Medio o en Grado Superior.

Existen diferencias de contenido y de relación que podemos entender como: La Formación Profesional Dual.

El carácter dual, por tanto, supone que Todos los estudiantes que alcancen un certificado o título de Grado C y D pasarán por la empresa durante su formación. Son dos tipos en función de 1a duración del periodo en empresa, del tanto por ciento de resultados de aprendizaje asumidos por la empresa cuya relación puede ser contractual o no.

Según los puntos esenciales a desarrollar, podemos encontrar dos tipos de contenidos formativos dentro del propio título de la FP. Un contenido General y otro que se hace de manera que la FP sea intensiva. Así:

- La FP General, tiene algunos caracteres esenciales, como son que entre 25 y 35% del contenido, supone la duración de la formación; la colaboración en hasta un 20% de resultados de aprendizaje se produce en la empresa y que no existe vinculación contractual con la empresa
- La FP Intensiva se da a partir del 35% de duración de la formación, con la colaboración en más del 30% de resultados de aprendizaje en la empresa y con una vinculación contractual en la misma.

Cada estudiante contará con un PLAN DE FORMACIÓN que detallará los resultados de aprendizaje en el centro y en la empresa y aparecen nuevas figuras que, de algún modo hemos mencionado en esta tesis cuando hablamos del Gestor de Apoyos en el caso de las personas con discapacidad.

Así:

- i) Se regula la figura de tutor dual del centro.
- ii) Se regula la figura de tutor dual de empresa.
- iii) Contempla el agrupamiento de pequeñas y medianas empresas y el tutor de empresa compartido.
- iv) Se crean figuras que colaboren y faciliten la colaboración centro-empresa,
- v) Figura del prospector de empresas. vi) Figura de experto senior de empresa en el centro.

2. UNA NUEVA CONEXIÓN: LA FORMACIÓN PROFESIONAL ENTRA EN LA UNIVERSIDAD

Como se pone de manifiesto en la nueva regulación, los ciclos formativos de grado superior y el entorno universitario se dan la mano.

Desde la universidad, los ciclos formativos de grado superior pueden verse como una fuente más de captación de alumnado hacia los grados. En la actualidad existe un mayor número de pasarelas que facilitan este paso con los accesos a la Universidad para mayores de 25 o mayores de 45, por ejemplo.

Varias son los caracteres que nos podemos encontrar en la variable de F.P. en su ciclo superior tal y como se ha querido plantear desde la nueva ley orgánica.

Primero, hay que considerar que una parte de estas personas no vienen de los ciclos que se consideran itinerarios más clásicos, esto es bachillerato más ciclos formativos de grado superior, o ciclos formativos de grado medio más ciclos formativos de grado superior.

Segundo, algunas provienen del entorno empresarial (porque han trabajado, trabajan o han realizado prácticas en cualquiera de los formatos existentes),

Tercero, todo ello significa que el alumnado cuenta con experiencia y competencias profesionales ya adquiridas y que, para el profesorado, puede ser alumnado con un mayor grado de “madurez” y motivación.

Cuarto, esta perspectiva, supone para la docencia universitaria, un reto de innovación importante, surgiendo el punto de encuentro del aprendizaje teórico y práctico de forma más completa.

En Andalucía, tenemos el honor de mencionar que la Universidad de Málaga, impartirá estudios oficiales de Formación Profesional a partir del curso 2022-2023. La Fundación General de la UMA será la encargada de ofrecer los títulos, como centro homologado por la Consejería de Educación.

Hasta la fecha, son varias las universidades españolas ofrecen a su alumnado la posibilidad de cursar estudios de Formación Profesional, en su mayoría, universidades privadas en colaboración con otras empresas o entidades de naturaleza también privada. Sin embargo, en cuanto a universidades públicas que hayan puesto en marcha esta línea formativa, la Universidad de Málaga es pionera a nivel nacional.

El primero de los títulos que se pondrá en marcha es el Ciclo Superior de Guía, Información y Asistencias Turísticas. Esta titulación se impartirá a partir

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal
del curso académico 2022-2023 en el aula López Peñalver (Campus de
Teatinos).

En este primer ciclo está prevista la matriculación de un máximo de 30 alumnos, siendo ese el número de matriculaciones por curso, de manera que para el curso 2023-2024 serán 60 los estudiantes matriculados. Para ello, la Fundación General de la Universidad de Málaga, procederá a la contratación de profesorado de las ramas de Hostelería y Turismo, Formación y Orientación Laboral, inglés y Francés. La oferta pública de empleo ya está activa en la página web www.fguma.es, en su perfil del contratante.

Además, la Universidad de Málaga está trabajando también para incorporar otros ciclos superiores de otras ramas de especialidad, en concreto, Paisajismo y Medio Rural, Imagen para el Diagnóstico y Medicina Nuclear y Técnico Superior en Desarrollo de Aplicaciones Web⁵³⁵.

Los títulos de FP que habilitan para el acceso a la Universidad son: Título de Técnico Superior de FP; Título de Técnico Superior de Artes Plásticas y Diseño; Título de Técnico Deportivo Superior; Títulos de enseñanzas de FP de sistemas educativos anteriores: Ciclos Formativos de Grado Superior (LOGSE), F. P. de 2º Grado, Módulos de Nivel III.

También destacan los Títulos extranjeros de enseñanzas de Formación Profesional homologados a Títulos de Formación Profesional de grado superior españoles⁵³⁶.

Como elementos principales de la nueva ley, nombremos, entre otros, los siguientes:

- Estrechar las relaciones entre Formación Profesional y Universidad. Ordenar, integrar y describir el sistema de formación profesional. Definir y regular las ofertas de formación.
- Generalizar el carácter dual de la Formación Profesional. Regular las modalidades de impartición. Incentivar y potenciar el procedimiento de acreditación de competencias adquiridas por experiencia laboral o vías no formales.

⁵³⁵ <https://www.uma.es/sala-de-prensa/noticias/la-universidad-de-malaga-impartira-estudios-oficiales-de-formacion-profesional-partir-del-curso-2022-2023/>

⁵³⁶ Tendrán acceso preferente los títulos de FP relacionados con la rama del conocimiento en la que se incluyan los estudios de grado solicitados.

- Crear y regular el sistema de orientación profesional vinculado al sistema de Formación Profesional.
- Incorporar la innovación, la investigación aplicada, la digitalización, la sostenibilidad y el emprendimiento a todas las formaciones.
- Integrar la internacionalización en la Formación Profesional.
- Consolidar la corresponsabilidad de centros y empresa en la formación o definir sus sistemas de gobernanza y evaluación de la calidad.

Así, en el tema que nos ocupa, podemos decir que se hace necesario advertir que la inclusión de la discapacidad en España, de la Formación de los Asistentes personales y su configuración, ya no forman parte de una adaptación curricular necesaria, sino que participan del propio criterio de innovación docente que el resto de las enseñanzas impartidas, son por tanto materias curriculares propiamente dichas.

Por lo tanto, la tarea que ahora se visualiza desde el cambio de paradigma de la transformación del Sistema, hace que la discapacidad no se concibe desde un diseño de implementación en las distintas carreras especialidades universitarias, como si de algo extraño se tratase. Estamos hablando de que la programación docente especializada en discapacidad es (no diseñar para que sea) desde el momento en que se incluye en la planificación de cada materia.

Este es el gran paso, y en esto consiste la inclusión, a diferencia de la integración, pues pensamos que, si se debe diseñar de forma separada algo que es innato a la persona, entraríamos en el terreno de lo absurdo al tener que diseñar clases según la complejión física o el tipo de barrio donde viva el alumnado. Quizás, el hecho de que la formación profesional y la Universidad converjan en sus caminos distantes en un punto se fortalece ahora en la idea de que la variedad y diversidad, debe ser atendida en igualdad de condiciones en todos los ámbitos, destacando en este apartado, el ámbito académico y su planificación desde la normalidad curricular.

En definitiva, se trata de pasar del modelo ya histórico del diseño curricular, al modelo de gestión por proyectos, como parte integrante de la Universidad en el que se incluyan todas las opciones teniendo en cuenta todas las características y circunstancias personales y sociales de todas las personas, de manera inclusiva.

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.

Especial consideración a la autonomía personal

Creemos, que el diseño debe ser sustituido y ampliado en estos momentos por una Gestión por Proyectos, pues supone el paso de la generalidad a la concreción, de la integración a la inclusión, marcando para ello metas y objetivos en los distintos cursos académicos y sirviendo de herramienta de buena práctica que se ejecuta con la aprobación del proyecto de forma continua en el territorio de cada Universidad que se posiciona así como punto de encuentro y tránsito de la vida académica a la inclusión del mercado laboral de sus egresados.

3. LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA ASISTENCIA PERSONAL COMO PROPUESTA DE CALIDAD E INNOVACIÓN DOCENTE EN LA UNIVERSIDAD

En la nueva ley orgánica, varias son las veces en las que se menciona la palabra discapacidad. Así, el preámbulo comienza reconociendo la capacidad de las personas para lograr ser aquello que tienen motivos para desear ser requiere disponer de un amplio conjunto de derechos, capacidades y competencias personales, sociales y profesionales que son imprescindibles tanto para desarrollarse plenamente como personas como para aprovechar las oportunidades de empleo que ofrece el cambio económico y tecnológico.

Expone el hecho de que, en la actualidad, muchas personas en nuestro país no disponen de esas capacidades, lo que pone en riesgo el bienestar personal y social. Lo pone de manifiesto, por ejemplo, el elevado desempleo estructural, el fuerte abandono escolar temprano, las brechas de género, o los sesgos que afectan, especialmente, a determinados colectivos, como las personas con discapacidad.

Reconoce que esta privación de oportunidades supone una limitación al derecho de ciudadanía reconocida en nuestra Constitución, así como en el Pilar Europeo de los derechos sociales, la Carta Social Europea, y la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este riesgo de limitación de ciudadanía aumenta cuando tomamos en consideración que el fuerte cambio tecnológico y económico al que estamos sometidos exige una adecuada cualificación y flexibilidad del capital humano para adaptarse a las circunstancias cambiantes de la economía y de la tecnología.

Nosotros, en este trabajo en el que venimos hablando de la vida independiente, debemos incluir que el riesgo de limitación viene, en primer lugar, determinado, por la inaccesibilidad a la vida diaria de las personas con discapacidad.

Continuando con el texto, el art. 3 dentro de los principios generales establece en el punto 1 1. El Sistema de Formación Profesional se desarrolla conforme a unos principios, determinando en la letra h) la necesidad de la Centralidad de la persona, potenciando el máximo desarrollo de sus capacidades, promoviendo su participación activa, el desarrollo de sus habilidades interpersonales y contribuyendo a superar toda discriminación por razón de

nacimiento, origen nacional o étnico, sexo, discapacidad, vulnerabilidad social o laboral, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Como derechos individuales y sociales, se proclama en el art. 4 lo importante de una educación, formación y aprendizaje inclusivos, continuos, permanentes y de calidad, que permita mantener y adquirir capacidades para participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral, que establece el Pilar Europeo de Derechos Sociales y la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Enmarcando los Objetivos del Sistema de Formación Profesional, encontramos el artículo 6 que en su punto 6 refiere una configuración del mismo flexible, modular y acorde con los planteamientos a escala de la Unión Europea de la formación profesional, basada en itinerarios formativos i) accesibles, progresivos, acumulables y adaptados a las necesidades individuales y colectivas, teniendo en cuenta la edad, el sexo, la discapacidad en su caso, y la situación personal o laboral y ii) dirigidos a un abanico de perfiles profesionales comprensivo, desde los generalistas hasta los altamente especializados.

El objetivo enumerado en el punto 10, trata de la provisión de orientación profesional que facilite a las personas, a lo largo de la vida, la toma de decisiones en la elección y gestión de sus carreras formativas y profesionales, combatiendo los estereotipos de género, los relacionados con la discapacidad o las necesidades específicas de apoyo educativo, colaborando en la construcción de una identidad profesional motivadora de futuros aprendizajes y adaptaciones a la evolución de los procesos productivos y al cambio social, y favoreciendo el conocimiento de las oportunidades existentes o emergentes en los entornos rurales y las zonas en declive demográfico.

Continúa el extenso artículo en su punto 12 con la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y, en general, de personas y colectivos con dificultades de inserción socio laboral en el acceso y el proceso de formación profesional habilitante y facilitadora de la inserción en el mercado laboral.

Para el acceso a los Grados de ciclo Medio y Superior, se establece en el artículo 46. Podrán acceder a los ciclos de grado medio y superior quienes reúnan los requisitos exigidos en el artículo 41 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, o quienes cuenten con un Certificado Profesional contenido en el ciclo formativo. (punto 1). Para ello, las administraciones educativas deberán convocar anualmente pruebas de acceso a todos los ciclos formativos que se oferten para aquellas personas que no cumplan los requisitos de acceso (punto 2) Estas pruebas deberán:

i. Acreditar, para la formación profesional de grado medio, las competencias de educación secundaria obligatoria y, para la formación profesional de grado superior, la madurez en relación con las competencias de la educación secundaria postobligatoria.

ii. Realizarse adoptando las medidas necesarias para asegurar la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato, la no discriminación de personas con necesidad específica de apoyo educativo y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad que se presenten, incluida la realización de ajustes razonables. Las pruebas podrán ser específicas y adaptadas al perfil profesional del ciclo formativo para quienes, habiendo cursado la formación profesional básica sin superar el ciclo en su totalidad, hubieran superado el módulo del ámbito profesional de un ciclo formativo de grado básico.

Una figura semejante a la que hemos planteado en este trabajo junto al del gestor de apoyos, es el de el facilitador. Algo parecido parece imponer la norma cuando menciona que en cada centro de formación profesional existirá la figura del tutor o tutora dual del centro, al menos para cada una de las familias profesionales que en él se impartan, que desarrollará su tarea con cada persona en formación en estrecha colaboración con el tutor o tutora dual de la o las empresas u organismo equiparado.

Destaca el hecho de que cada persona en formación tendrá asignado un tutor o tutora dual del centro. La persona que tutoriza deberá velar por la no discriminación por razón de discapacidad.

Por su parte, el Capítulo III, regula las modalidades de la oferta de la formación profesional, siendo la Sección 3.^a la que refiere las modalidades dirigidas a colectivos específicos. Distingue, por un lado, Medidas para las personas con necesidades educativas especiales, que las establece cuando las medidas y alternativas organizativas y metodológicas y las medidas de atención a la diversidad e inclusión no sean suficientes ya que en este caso para las personas con discapacidad podrán efectuarse ofertas de Grado A, B, C y D en modalidad específica, dirigidas a personas con necesidades educativas especiales

En el caso de las ofertas de formación profesional del sistema educativo, las personas estudiantes escolarizadas en centros ordinarios o en centros de educación especial podrán permanecer escolarizadas, al menos, hasta los 21 años. (art. 70.1).

Las ofertas, por otro lado, se ajustarán a las características y perfil de los destinatarios, promoviendo la adquisición de aquellos estándares de competencia o elementos de competencia compatibles con cada discapacidad, y garantizando el derecho a su formación en las empresas, con las adaptaciones que precisen, sin que sufran discriminación en la asignación de empresa. (art. 70.2)

Como comentario a este apartado, podemos decir que esta redacción sería totalmente compatible con los criterios básicos que debe tener una persona para prestar asistencia personal, pues se trata de actos de ejecución y no de toma de decisiones y que han sido consensuados entre las partes.

También, como hemos comentado en esta tesis, es fundamental el papel de las entidades de personas con discapacidad y debe ser fortalecido por el sistema y reconocido por él. Nos referimos a que nadie mejor que ellos para saber las necesidades del colectivo específico al que representan. La nueva norma, consciente de ello y dentro del ámbito de la atención a las personas con especiales dificultades formativas o de inserción laboral, determina que con fines de cualificación profesional e integración social, podrán efectuarse ofertas específicas de formación dirigidas a los siguientes destinatarios:

a) Personas mayores de 16 años sin cualificación e incorporadas a la vida laboral, para permitirles la obtención de un Certificado Profesional o de un Título de Formación Profesional.

b) Personas mayores de 16 años que no hayan desarrollado su historia escolar en el sistema educativo español y tengan dificultades para incorporarse al mismo.

c) Personas o grupos desfavorecidos en el mercado de trabajo o en riesgo de exclusión social.

2. Se promoverá la colaboración y participación de la administración local, de entidades sociales del tercer sector para la inserción laboral y de centros de segunda oportunidad en las ofertas a que se refiere el apartado anterior.

Pueden ser base esta regulación para tener en cuenta a aquellas personas que quieran trabajar como promotores de autonomía de las personas con discapacidad, prestando la asistencia personal necesaria para ello.

Por otro lado, todas las políticas públicas de formación profesional deberán tener como objetivo el logro por toda la población activa de, al menos, una formación de educación secundaria postobligatoria de carácter profesional o

equivalente. A tal fin, las administraciones competentes. deberán organizar la colaboración con las administraciones y entidades locales y provinciales, así como organizaciones dedicadas a atender a los correspondientes colectivos que sea precisa para realizar ofertas de formación profesional adaptadas a las necesidades específicas de personas con fracaso escolar, discapacidad, pertenecientes a minorías étnicas, parados de larga duración y, en general, personas con riesgo de exclusión sociolaboral o en situación de vulnerabilidad⁵³⁷

Creemos, en definitiva. que todo confluye hacia el trabajo en red para la profesionalización de la asistencia y su reconocimiento formativo y contractual. Asimismo, la relación entre educación y discapacidad ya no debe ser de lejana ni en el contenido de la formación ni en el lugar en que se imparte puesto que todos los espacios, instalaciones y entornos, así como los itinerarios que conduzcan a las acreditaciones, certificados y títulos de formación profesional incorporarán las condiciones de accesibilidad precisas que permitan su utilización por parte de las personas con discapacidad.

En relación con el profesorado, el Título V trata del profesorado y formadores o formadoras de distinto perfil, distinguiendo en su Capítulo II Otros perfiles colaboradores, como el personal de apoyo especializado que asesore y facilite el acompañamiento en el itinerario formativo de personas con discapacidad⁵³⁸

Finalmente, como ya adelantamos en este trabajo se hace necesario compactar todo el contenido de la F.P. relacionada con la Promoción de Autonomía y la Asistencia personal a personas con discapacidad con una denominación propia y una acreditación de las competencias profesionales que entre dentro del procedimiento administrativo abierto que la misma constituye de forma permanente.

Para finalizar, se debe ofrecer una oferta de formación profesional a lo largo de la vida que capacite y mantenga actualizadas a las personas con discapacidad en su itinerario profesional⁵³⁹

Para ello, nuestra propuesta conocida es la de, previamente, incluir esta Asistencia en el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales.

⁵³⁷ Artículo 73.1 b.

⁵³⁸ Artículo.89.3).

⁵³⁹ el texto legal en el apartado 3 del art. 7

Un posible contenido de la FP dirigida a los Asistentes Personales podría comenzar con el siguiente contenido:

Título: Formación Profesional Superior en Promoción de la Autonomía de las personas con discapacidad y su Asistencia Personal.

Objetivos: Disponer del conocimiento y las competencias necesarias para desempeñar el rol de Asistente Personal. Reflexionar sobre los valores y modelo de vida independiente y sobre las actitudes necesarias para desempeñar el rol de Asistente Personal⁵⁴⁰.

Módulo 1: Conocimiento de tipos de discapacidad: Características y Necesidades.

- Evolución del concepto de discapacidad y situación actual.
- Aspectos legales del procedimiento y de los reconocimientos de discapacidad.
- La situación de dependencia y la Promoción de Autonomía.

Módulo 2: Fundamentos de la Vida Independiente. Proyecto de vida.

- Conocimiento y análisis de las experiencias personales que pueden actuar como barreras o como facilitadores en la relación de la Asistencia Personal.
- Evolución de la regulación de la discapacidad
- Comprender e interiorizar los principios y filosofía del movimiento de Vida Independiente.
- Conocer y profundizar en el concepto de Proyectos de vida y Autodeterminación.
- Conocer el modelo de calidad de vida y los conceptos clave de ciudadanía plena y personalización.

Módulo 3: La figura del Asistente personal

- Definir y dar contenido a la figura del Asistente Personal
- Establecer diferenciación entre la figura del Asistente Personal y otras figuras afines.
- Determinar el marco de actuación de las diferentes tareas a realizar del rol en la práctica.

Módulo 4: La Asistencia personal en Personas con discapacidad.

- Conocer los modelos de apoyos para las distintas discapacidades.

⁵⁴⁰ https://plenainclusionmadrid.org/wp-content/uploads/2020/03/asistencia_personal.pdf

- Detectar la importancia de este recurso como clave para la inclusión en la comunidad.
- Identificar los focos de intervención en cada tipo de discapacidad
- Realizar de talleres prácticos con las organizaciones del tercer sector que representen distintas discapacidades.
- Evaluar las actividades realizadas y replantear intervenciones estratégicas.

Módulo 5: Aspectos legales, éticos y jurídicos

- Conocer el aspecto legislativo de la Asistencia Personal
- Conocer los aspectos morales y éticos que imperan en la relación prestacional del servicio.
- Simular y resolver por medio de talleres Prácticos los puntos de incidentes críticos que puedan producirse.

Módulo 6: Relación profesional y confidencialidad

- Formar e Informar sobre las implicaciones que conlleva
- Reconocer la confidencialidad como una norma ética en el desarrollo laboral de la Asistencia Personal.
- Asumir el secreto profesional como compromiso laboral y ético.
- Promover la autodeterminación y respetar la toma de decisiones.

Módulo 7: Habilidades sociales y comunicación.

- Determinar y comprender los elementos que influyen en la comunicación verbal y no verbal entre las personas.
- Resolución de conflictos por motivos de comunicación
- Conocer herramientas útiles para mejorar la comunicación
- Realizar de talleres prácticos con las organizaciones del tercer sector que representen distintas discapacidades.
- Evaluar las actividades realizadas y replantear intervenciones estratégicas.

Módulo 8: Primeros Auxilios y Prevención de Riesgos Laborales

- Formar e Informar en prevención de riesgos laborales. En todas sus especialidades, sobre todo en lo referente a la ergonomía e higiene postural.
- Conocer los primeros auxilios a realizar y los protocolos de intervención.
- Identificar puntos de recursos próximos
- Asegurar las condiciones básicas para la calidad de vida de la persona asistida.
- Identificar y prevenir riesgos inherentes a la relación profesional, con especial incidencia en el síndrome de burnout y la prevención del estrés.

Módulo 9 Introducción a los productos de apoyo y herramientas para la prevención

- Formación e Información de los productos de apoyo y su clasificación.
- Conocer la aplicación práctica de los productos de apoyo como promoción de la autonomía de la persona asistida, así como para la prevención de mayores situaciones de dependencia.
- Formar e informar de los Sistemas Aumentativos y Alternativos de Comunicación (en adelante SAAC), apoyo conductual positivo y otros apoyos.

Módulo 10: Talleres formativos teórico-prácticos con distintas organizaciones del tercer sector.

- El alumnado realizará la presentación y defensa de proyectos inclusivos.
- En la valoración, formará parte la entidad del tercer sector a la que se refiera el proyecto.
- Durante su realización, se contará con la tutorización por parte de la Universidad y de la persona de referencia de la entidad referida, tal y como establece la nueva Ley Orgánica Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

VIII CONCLUSIONES

Con la posición de la figura analizada desde el arranque social hasta la evolución normativa y pública de lento avance, el planteamiento de necesidad de conclusiones se ha reportado como elaboración propia en este trabajo de resumen a modo de planificación estratégica.

Varias son las conclusiones al respecto:

1º) La creación de una categoría profesional formada y específica ya que es la persona facilitadora de vida promotora de autonomía de la persona, esto es, alguien que ayuda o da apoyo profesional, no que ejerce sólo cuidados en el entorno de su hogar. Por ello tiene sentido reivindicar su especificidad, tanto en sus funciones, su relación con las personas con discapacidad y los requisitos de su formación.

2ª) Hay que dotar de certificados de profesionalización a las distintas entidades del tercer sector ya que la A.P. se trata de una figura que presta un servicio conveniado por las AA.PP. y las personas que precisan del apoyo y que se enmarca en las políticas de Autogestión y Vida Independiente. Crear la profesión de Asistencia Personal desde la formación unificada, la diferenciación de discapacidades, la tributación y código específico y la creación de Colegio Profesional de la Asistencia Personal con reconocimiento de grupo específico profesional. Sólo cuando hayamos llegado a esto, se entenderá configurado de una manera más completa, el recurso que venimos analizando.

3ª) Dentro del SAAD, debe ser ofrecida como prestación de la persona en situación de dependencia en sus momentos iniciales de detección de una dependencia en todos sus grados.

4ª) Hay que favorecer las reformas legislativas para que desaparezca del concepto de dependencia de la Ley 39/2006 en su art. 2, dice que la Dependencia es el estado de carácter permanente [.....] que, precisan de la atención de otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria

_____ Promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.
Especial consideración a la autonomía personal
o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

Por eso, una definición que contiene en sí misma una palabra y su contraria difícilmente construye el marco jurídico a estudiar. Por otro lado, la situación de aquellas personas que con discapacidad mental o intelectual que requieran los apoyos necesarios para su autonomía, buscan la autonomía, no la dependencia, son autónomas y, aún más tras la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁵⁴¹.

4ª) Ya no se hace necesario la distinción entre apoyos y cuidados, sino que la reforma que el artículo segundo de la nueva ley introduce en el Código Civil, sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

5ª) Dejar al margen de los presupuestos circunstanciales las regulaciones de derechos básicos en las distintas disciplinas jurídicas, especialmente en materia de protección social pública. políticas sociales del Estado del Bienestar”.

6ª) Hacer realidad la inclusión de las personas con discapacidad pasa por fomentar la no discriminación y accesibilidad Universal como el reconocimiento del derecho de todas las personas con discapacidad a vivir de forma independiente en la comunidad en igualdad de condiciones a través de la asistencia personal como medio que lo garantiza.

Para ello, se deben incluir variables en la estructura como desafíos dentro de cada planificación estratégica de los entes públicos y privados para tener en cuenta en relación con la igualdad de oportunidades y la inclusión de las personas con discapacidad.

7ª) Resulta imprescindible el fomento de las políticas activas de empleo con el protagonismo del colectivo específico por medio de las organizaciones del tercer sector como punto crítico para el desarrollo.

8ª) Como transversalidad del Sistema, es incuestionable la promoción de la autonomía e independencia y la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

Para ello resultan esenciales figuras como la Asistencia Personal cuyo recurso ayuda a Promocionar el derecho a la vida independiente y a la inclusión en la comunidad a través de la figura de la asistencia personal profesionalizada.

⁵⁴¹ Eso sin contar el propio título de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía y Atención a la dependencia

9ª) Debemos tener en cuenta que los grupos de trabajo que han existido en materia de vida independiente como las OVI, o las experiencias piloto de convivencia de las Entidades, deben contar con financiación pública para el desarrollo continuo. Se trata de puntos comunes para salvaguardar y garantizar la calidad de la prestación económica de asistencia personal en el sistema de autonomía y atención a la dependencia, el acceso a la justicia y en la vida en comunidad en general.

10ª) Apostar, tras la reforma de la enseñanza de Formación Profesional, un sistema unificando de formaciones, clasificación específica en el catálogo nacional de ocupaciones profesionales, en el contrato de prestación de servicios y en la Seguridad Social.

11ª) Es insostenible que aún no se haya creado el olvidado Sistema de Arbitraje y hacerlo de manera actualizada⁵⁴²

El Sistema Arbitral en materia de discapacidad es el instrumento que las Administraciones Públicas ponen a disposición de las personas con discapacidad para resolver de modo eficaz las quejas y reclamaciones que surgen en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. A través de este sistema arbitral las partes voluntariamente encomiendan a un órgano arbitral, que actúa con imparcialidad, independencia y confidencialidad, la decisión sobre la queja o reclamación surgida. Para ello propugnamos una vez más que se lleve a cabo la creación de un sistema arbitral justo y actual, pues la

⁵⁴² El Sistema Arbitral en materia de discapacidad es el instrumento que las Administraciones Públicas ponen a disposición de las personas con discapacidad para resolver de modo eficaz las quejas y reclamaciones que surgen en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. A través de este sistema arbitral las partes voluntariamente encomiendan a un órgano arbitral, que actúa con imparcialidad, independencia y confidencialidad, la decisión sobre la queja o reclamación surgida. Esta decisión, vinculante para ambas partes, tiene la misma eficacia que una Sentencia. La regulación básica de este Sistema Arbitral se contiene en el Artículo 74 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Se abrirá en una ventana nueva. y en el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. En lo no previsto por dichas normas, resultará de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje y, para el arbitraje electrónico y los actos realizados por vía electrónica, la Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. La actividad de las Juntas Arbitrales, como órganos colegiados, se rige en lo no previsto por el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre Se abrirá en una ventana nueva., del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

norma de referencia que ha sido encerrada en el cajón del olvido práctico data del año 2006 y no se ha visto cumplida en ninguno de sus aspectos.

Nos referimos al Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad ⁵⁴³.

Esta decisión, vinculante para ambas partes, tiene la misma eficacia que una Sentencia. La regulación básica de este Sistema Arbitral se contiene en el Artículo 74 de la LGDPD y en el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. En lo no previsto por dichas normas, resultará de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje y, para el arbitraje electrónico y los actos realizados por vía electrónica, la Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

La actividad de las Juntas Arbitrales, como órganos colegiados, se rige en lo no previsto por el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre Se abrirá en una ventana nueva. del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Independientemente de que cada tipo de discapacidad y sus organizaciones, realicen sus encuentros siempre tan fructíferos y enriquecedores en esta materia.

12ª) En todas las instancias se deben de promover, desarrollar y defender, el derecho a la elección de la propia forma de vida y de todas sus actividades, como parte del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Para ello y, según el tipo de discapacidad de las personas, se deben determinar los apoyos necesarios, comprometiéndose las AA.PP. a garantizarlos con fondos públicos y por medio de ayudas hacia los colectivos referidos.

13ª) Deben ser consolidados la promoción de la autonomía por medio de un Servicio de Apoyo individualizado que se configure como un Derecho Fundamental, incluyendo para ello las competencias de los Ayuntamientos en el Sistema dotando de forma y contenido su ejercicio.

Para ello, se debe llevar a cabo campañas de concienciación desde todos los agentes implicados y hacia la sociedad en su conjunto.

⁵⁴³ Montañez Heredia, S: "La resolución extrajudicial de conflictos en materia de discapacidad: creación e impulso de un sistema arbitral digno y actualizado". Congreso Internacional Procedimientos Alternativos de Solución de Conflictos. Granados Romera, M.I. y González de Patto, R.M.(Dir.). Vida Fernández, R (coord..). 9 y10 octubre 2019, Universidad de Granada.

14^a) De vital importancia está el fomento del conocimiento de las experiencias de vida compartida e intergeneracionales, que se llevan a cabo entre las Universidades, Entidades del Tercer Sector y otras experiencias para reivindicar un compromiso en la aplicación inmediata del derecho a elegir la Vida Independiente como derecho civil y político.

Para ello, se fomentarán sinergias entre experiencias en este sentido, con la finalidad de que sean compartidas, analizadas y mejoradas.

15^a) La interconexión social, se puede llevar a cabo, por ejemplo, creando un espacio de reflexión para que las familias apoyen a los familiares con discapacidad y cuenten sus experiencias, con la participación de todos los agentes implicados.

Para ello, resulta imprescindible que los encuentros profesionales tanto a nivel nacional como internacional sean llevados a cabo conjuntamente por todo el tercer sector para que se conozca la diversidad de la discapacidad en un mismo evento, al menos, con carácter bianual⁵⁴⁴.

18^a) Mejorar la calidad de vida a las personas con discapacidad en general y a las mujeres y niñas con discapacidad, en particular debe ser un resultado positivo de cada ejercicio político, económico y social.

Para ello, hay que eliminar el sesgo existente en los roles adquiridos e impuestos durante muchos años hasta la actualidad, contando experiencias enriquecedoras donde la persona con su diversidad es la protagonista- Compartir esto, supone dar a conocer al colectivo, que los cambios son posibles.

19^a) Promover, desarrollar y defender la figura del asistente personal a través de la experiencia de personas usuarias de este servicio y de las gestiones llevadas a cabo desde las AA.PP. incluso dentro de otros programas, En cuanto a las Gestiones del Servicio, las propuestas se formulan frente a los diferentes modelos de gestión del servicio de asistencia personal: Cooperativa de personas usuarias (OVI), Entidades cogestoras del tercer sector de la discapacidad, y Empresas de servicios especializadas por medio de las cuales, se contraten a los profesionales inscritos con Formación Profesional Especializada.

En cualesquiera de los modelos mencionados, sin duda debe de haber un elemento común denominador como es el de la garantía del derecho de la libre elección de las personas con discapacidad, por sí mismas o mediante la provisión de los apoyos necesarios para ello.

⁵⁴⁴ Independientemente, como no puede ser de otra manera, de que cada tipo de discapacidad y sus organizaciones, realicen sus encuentros siempre tan fructíferos y enriquecedores.

19ª) La creación de una Formación Profesional de ciclo Superior en la Universidad, hace que surja ésta como punto de encuentro de formación y práctica, facilitando el tránsito de la Universidad al Mundo Laboral.

Para ello, además de la experiencia personal, se deben dar a conocer los modelos de gestión de la asistencia personal según discapacidades y, además algo que consideramos esencial. En efecto, conociendo la evolución que se ha expuesto en este trabajo, resulta innegable el desarrollo desigual por parte de las CC.AA. Sin duda, las experiencias compartidas a nivel nacional e internacional junto con los datos encima de la mesa son prácticas esenciales para evolucionar estratégicamente desde la filosofía, hasta la gestión de excelencia y calidad.

20ª) Entre los operadores jurídicos, se deben Impulsar proyectos legales para que se incluyan en las normativas correspondientes, la figura de la Asistencia Personal como promotora de la autonomía personal. en todos los ámbitos y en todas las especialidades jurídicas en las que tenga cabida. Para ello, es necesario llevar a cabo un análisis exhaustivo de la materia para poder determinar las modificaciones a textos anteriores junto con la propuesta de novedades legislativas y leyes de base que sean necesario aunar.

En este sentido, las conclusiones de los encuentros nacionales e internacionales que se lleven a cabo en materia de derechos fundamentales de estos colectivos deben ser dadas a conocer como innovaciones a desempeñar para todos los operadores públicos y privados pues constituyen una fuente inagotable de actualidad y propuestas de buenas prácticas.

En definitiva, podemos decir que los derechos sociales tienen que tomar la igualdad de oportunidades como denominador común, materializándose en el derecho a la autonomía personal en las situaciones de dependencia. La forma de llevar a cabo la construcción del mosaico de la discapacidad en su independencia establece su fortaleza en el diálogo civil, donde Entidades del Tercer Sector, Administraciones y Operadores Jurídicos, centren los puntos críticos de la gestión estratégica en el nuevo paradigma de la Promoción de la Autonomía Personal.

Por su parte, la oportunidad la marcan las Estrategias Europeas, de contenido ya mencionado, y que vinculan a la creación de salvaguardas por parte de los Estados en pro de la Vida Independiente del Colectivo centrándose, en mucho de su contenido, en las mujeres y niñas con discapacidad y en el medio urbano y rural para la eliminación de sesgos y en pro de la igualdad.

Las debilidades, consideramos que se producen en el ámbito interno y en el externo. Así, encontramos diferencias territoriales, presupuestarias o de desarrollo en el nivel político. Junto a ellas, no se debe olvidar, que la conciencia de autonomía nace de la propia persona y de su deseo de reformular su vida hacia la independencia y hacerlo sin miedo a no tener recursos para ello.

Para terminar este análisis DAFO, las amenazas se vinculan, sin duda, a la falta de un concepto social de la discapacidad, a la existencia de salvaguardas en el Sistema, a la difícil situación que la pandemia comenzada en 2019 y que ensombrecen los Derechos más Fundamentales.

Las dificultades, las pone la vida, pero los límites, los deciden las propias personas con discapacidad hagamos posible que esta decisión sea personal y no por impedimentos sociales, culturales o de falta de servicios y regulación para su vida independiente.

Consideramos esencial la educación del Sistema con formación e información, con el aumento de la productividad en los sistemas de promoción de la autonomía (que no se siga diciendo dependencia, ya será un avance) estableciendo unas cuantías suficientes para la dotación de independencia a la vida, garantizando la cobertura total de las intensidades del servicio que precise la persona en situación de dependencia según su Plan Individualizado de Vida Independiente. Junto a ello, hay que determinar también los costes básicos derivados de los costes asociados al derecho laboral del trabajador para que no tengan que ser abonados en su totalidad por la persona beneficiaria.

Una de las cuestiones que ha puesto en el candelero la pandemia, ha sido la de un sector de población, el de los mayores, que tiene su propia existencia en el sistema y que no está muerto en vida, sino muy al contrario, hay que cuidarlo y sanarlo, al generar empleo estable y retorno económico de las inversiones realizadas sobre este sector productivo.

Junto al hecho de que muchas de las personas que estaban necesitadas de ser atendidas personalmente, se han visto frente al resto de la sociedad con un doble confinamiento, el oficial y el producido por su discapacidad que no puede ser atendida, a pesar de que, según todos los estudios y revelaciones llevadas a cabo, la asistencia personal tiene una triple rentabilidad: individual, económica y social. En esto consiste la A,P, como el recurso que más garantiza la vida inclusiva como reflejo de su autodeterminación.

21^a) Tener una consideración especial como eje transversal, el hecho especialmente relevante de las mujeres y niños con discapacidad, que la mayoría

de las veces, sufren una doble discriminación, siendo imprescindibles poder atenderlas en los casos que se presenten más grave, como lo es el supuesto de la violencia de género a la que muchas veces se ven sometidas de forma silenciosa, la prevención y el tratamiento es esencial, sobre todo de aquellas que tienen dependencia. La finalidad es que lleguen a dominar su Proyecto de vida propio, con la asistencia que ayuda y no la que obstruye, este es uno de los mayores logros que identifican la independencia⁵⁴⁵.

Aunque hay sectores que ponen la necesidad de que sea la propia persona la que forma a su asistente personal, consideramos que, los verdaderos derechos deben producirse para ambas partes y, en este sentido, es necesaria la regulación de la prestación de servicios:

Primero: para garantizar unos derechos mínimos para el profesional que la presta, ya que se atenderá a las condiciones de trabajo pactadas entre las partes.

Segundo: porque esa garantía jurídica asegura el ejercicio de la libertad de la persona con discapacidad conforme a derecho. Tercero porque las posibles controversias que puedan surgir tienen el marco de referencia del contrato y sus estipulaciones. Si la Vida Independiente es un derecho, el tener condiciones de trabajo reguladas, también lo es, no cabe duda.

Desde las AA. PP., se debe postular la obligación de garantizar la calidad de los servicios que se ofrecen a través de la Ley buscando la profesionalización y cualificación de los profesionales. Las entidades del tercer sector de la discapacidad con experiencia en prestación de asistencia personal defienden que la calidad del servicio no parte de la exigencia de una cualificación y profesionalización que pondría en peligro de muerte a la asistencia personal. La Asistencia Personal se establece desde el mismo momento en que se pueda desarrollar un proyecto de vida.

Desde el nacimiento hasta los 3 años la determinación de las soluciones médicas va prevaleciendo por la necesidad de diagnóstico y sus terapias. Es por ello que el servicio se plantea a partir de 3 años con los Centros de Atención Temprana, donde la transdisciplina es el mejor método de trabajo para dar a cada

⁵⁴⁵ Distintos modelos internacionales han puesto en evidencia, que la asistencia personal es un medio para alcanzar la vida independiente desde la más temprana edad y para apoyar en diferentes tareas de la vida, tanto dentro como fuera del hogar.

persona según su necesidad. Esto, es un mecanismo que debe acompañar todo el proceso ⁵⁴⁶.

En lo que respecta a las necesarias condiciones de ambas partes para la realización del contrato, será exigible para ambas, repetimos, como mínimo las siguientes:

- Capacidad de decisión y/o autodeterminación para señalar los servicios que requiera, ejercer su control e impartir las instrucciones necesarias, por sí, o a través de su representante, mediante el apoyo para la toma de decisiones que necesite.

- Reunir las condiciones de capacidad e idoneidad necesarias para prestar y para recibir los servicios derivados de la asistencia personal, que se valorarán directamente por parte de la persona beneficiaria en base a su libertad de contratación, sin que dicha valoración exima a la persona encargada de la asistencia personal, de la obligación de reunir y acreditar los requisitos de formación exigidos en la normativa vigente.

22^a) Consideramos que urge una Convención de los Derechos de las Personas Mayores para que el efecto mariposa sea, al menos como el que ha sucedido en la discapacidad, pero aprendiendo de sus errores en cuanto al lento proceder en el tiempo y en los países.

23^a) Para cumplir con los objetivos de Europa 2030, Consideramos, en definitiva, que sigue siendo necesario urgentemente:

a) La evaluación de la situación actual del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.

b) La transformación de la red de recursos al nuevo modelo de Cuidados de larga duración.

c) La modernización de herramientas de gestión de Servicios Sociales.

d) La adaptación, desarrollo e innovación de nuevos servicios y transformación tecnológica.

e) Englobar un Sistema de pilotaje e impulso de proyectos innovadores.

f) El fortalecimiento de la Atención a la Infancia.

g) La calidad en los planes de ejecución dentro del hito que supone el Plan España País Accesible.

⁵⁴⁶ Que la persona beneficiaria requiera apoyo para desarrollar actividades dentro del ámbito educativo, laboral, de ocio y/o de participación social u otros apoyos previstos en su proyecto de vida.

Como la actividad, al ser desarrollada científicos⁵⁴⁷ y que, en palabras de Bunge, se define como el “conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible”⁵⁴⁸. Se trata de desarrollar nuevos modelos no competitivos sino de sinergias los organismos agregados a esta formación, con el fin de:

- generar transferencia de conocimientos y experiencias,
- crear innovación docente y
- optimización de recursos.

A tal efecto, un buen recurso, creemos que sería el desarrollo de proyectos de actuación conjuntos teórico-prácticos y transversales en la planificación estratégica docente.

24) Las administraciones públicas competentes en la materia:

a) Promoverán el modelo de centros especializados de formación profesional.

b) Fomentarán la participación en proyectos colaborativos de centros de formación profesional dependientes de distintas administraciones, desarrollando relaciones entre el tejido formativo y productivo.

c) Establecerán el procedimiento para que los centros del sistema educativo que oferten enseñanzas de formación profesional puedan impartir cualquier oferta de formación profesional incluida en la ley, así como para que cualquier centro de formación profesional pueda inscribirse como centro docente de enseñanza no universitaria del sistema educativo e impartir todas las ofertas de formación profesional incluidas en la ley.

d) Promoverán la colaboración entre los centros que impartan enseñanzas de formación profesional de grado superior y las universidades, con objeto de desarrollar nuevos modelos de relaciones entre el tejido productivo, la universidad y la formación profesional, con el fin de crear innovación científica y empresarial y optimizar recursos.

25) Las administraciones podrán impulsar acuerdos con los colegios profesionales, universidades u otras instituciones que contribuyan a mejorar la calidad de la formación permanente del profesorado y personal formador de formación profesional.

Son exigentes los retos planteados como puntos de arranque de una nueva concepción de la Formación Profesional, la Universidad, las Entidades del Tercer Sector, Las personas con discapacidad, los Asistentes Personales que ponen de manifiesto lo mucho que queda por hacer en esta materia entre todos los agentes implicados.

⁵⁴⁷ Martínez Maravilla, M.: “La ciencia, el método científico y el Derecho”.

⁵⁴⁸ Bunge; M.. “La ciencia su método y su filosofía”. Ed. Quinto Sol S.A.P11

26^a) En el caso de la realización de la parte práctica de la Asistencia Personal, la cotización, volvería hacia profesionalización de un sector desde el mismo momento de su realización. Así, creemos, se fomentaría esta profesión tan necesaria en nuestros días.

El modelo aprobado, creemos que supone que al alumnado se le brinda la oportunidad de ir formándose y coger experiencia acerca de aquello que le llame la atención. No únicamente se podrá realizar un curso, sino que se podrá hacer todos los que se consideren necesarios, hasta dar el paso a la Universidad. De este modo, no solo se van adquiriendo estudios teóricos, sino que se encontrarán en el camino diferentes oportunidades de trabajo que las mismas formaciones facilitarán.

Creemos que, en definitiva, los operadores docentes, debemos:

- 1) Favorecer una futura unificación de los sistemas de formación, aproximándolos a métodos internacionales, que puedan ser compatibles con los de otras administraciones y Estados.
- 2) Unificar y optimizar el proceso de formación teórico-práctica y la valoración del alumnado de forma igualitaria para todo el país y tanto para Universidades públicas como privadas de cara a la Planificación Estratégica y la Innovación Docente.
- 3) Elaborar un seguimiento de la calidad transversal, desde la formación hasta la práctica profesional, tanto para la administración como para profesionales, empresas y alumnado. Por un lado, lo requiere la situación de dependencia pues es siempre consecuencia de una discapacidad grave, por lo que la planificación de un sistema y su valoración, deberían tener en cuenta este nuevo modelo para establecer, en una escala normalizada, la inclusión de la asistencia personal en sus valoraciones y dotaciones dentro del Plan Individualizado de Atención establecido. Por otro lado, la Vida independiente de las personas con distintas deficiencias y diversidades funcionales que necesitan de apoyos específicos para alcanzar la normalidad social en condiciones de igualdad. Sólo desde la profesionalización, se puede entender la figura de la Asistencia Personalizada.
- 4) Contar la programación docente con la participación de las distintas entidades del tercer sector, que expondrán de primera mano las peculiaridades de su colectivo. Experiencia y práctica ofrecida desde la Universidad como tránsito al mercado laboral y la formación profesional de carácter superior.

En resumen, si las reformas no se llevan a cabo al nivel primero para la promoción de la autonomía, estaremos perdiendo una gran oportunidad para poner al día a todos los colectivos necesitados de autonomía, En el caso de no hacerlo, estaríamos poniendo puertas a los derechos que se abren o cierran en función de las edades o de los presupuestos.

Consideramos, que ya hemos aprendido mucho del camino a recorrer y la reforma tiene que ser de primera clase, como la de los derechos civiles, sólo así se entenderán cumplidos los desafíos públicos.

27^a) Es necesario contar con la capacidad de reorganización de servicios municipales vinculados a la discapacidad, dando vida a proyectos de promoción para la autogestión laboral en forma cooperativa, de la supresión gradual de barreras arquitectónicas; apoyo a las instituciones sin fines de lucro que colaboran y/o trabajan con personas con distintas discapacidades, ya sea a través del contrato de técnicos especializados, apoyo en las escuelas especiales, cesión de terrenos y locales, colaboración con el desarrollo de proyectos, encuentros y seminarios en favor de las personas discapacitadas o de las instituciones de y para discapacitados, auspicio y apoyo a todos los eventos culturales, deportivos, y recreativos relacionados con la temática de la discapacidad. .

28^a) Deben realizarse convenios económicos para materias como la creación de la Credencial Verde, tarjeta de descuentos para ofrecer bonificaciones en las diferentes áreas de consumo, especialmente en salud y educación.
Canalización de Ayudas Técnicas por medio de un banco de préstamos para las personas con discapacidad de bajos recursos económicos

29^a) Realización de seminarios y jornadas especiales: Mediante charlas, debates y mesas redondas, se discuten diferentes aspectos de la temática de la discapacidad. Sus conclusiones podrán servir de base para ir avanzando en derechos y calidad de vida.

30^a) La desarticulación del Estado del Bienestar genera una mayor vulneración de los derechos de las personas con discapacidad y de las que se encuentran en situación de dependencia, creando un alto nivel de exclusión social que limita el desarrollo en muchos ámbitos de sus vidas.

31^a) El abordaje de la gestión social como herramienta en la promoción de la autonomía, permite que los profesionales de la salud tengan una visión más amplia y vean al individuo desde una perspectiva social, analizando sus ámbitos e interviniendo en ellos de manera positiva y constructiva para su desarrollo como personas autónomas y participativas tanto en materia de discapacidad, como en las de situación de dependencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. "La protección internacional de las personas con discapacidad". Universidad Carlos III y BOE. 2007.
- Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) "Los actos de los dementes en el Derecho Paraguayo. Nulidad".
- Aformentioned in Wilkie Collins, Don Richard Cox, Maria K. Bachman. "The woman in white" Ed. Broadview Press, 2006.
- Alonso García, R «La noción de órgano jurisdiccional a los efectos de activar la cuestión prejudicial», en Fernández Liesa, C.R.; Moreiro González, C.J.; Eduardo Menéndez Rexach, E(dirs.), Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, CGPJ, Madrid, 2011.
- Ancel, P., "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat", en *Révue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999, nº4, octubre - décembre
- Antón, C. (2015), "Situación de la asistencia personal en España", *PREDIF*, p. 7-8
- Aramendi Sánchez, P: "La tutela judicial de personas con discapacidad. Un análisis de la aplicación a este colectivo de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, una vez transpuesta al derecho español la Directiva 2000/78". *Revista Iuslabor* 1/2006.
- Ararteko (2011): La aplicación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia en la CAPV. Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco. Disponible en: <http://www.ararteko.net..>
- Arnau Moya, Federico: Lecciones de Derecho civil, tomo II obligaciones y contratos. 2008/2009, Universidad Jaume I.
- Arnau, S., Urruticoechea, B. (2011). "La asistencia personal, una apuesta por la dignidad y la libertad". En Hidalgo A. (coord.), *La Ley de la Dependencia: una visión a través del trabajador social*. La Coruña: Netbiblo.
- Arroyo Méndez, J. y Cruz González, E., «La Asistencia Personal», en *VVAA, Situación de la Asistencia Personal en España*, *PREDIF*, Madrid, 2015, pág. 13 en <http://www.asistenciapersonal.org/informe.pdf>.
- Asamblea General, Naciones Unidas, Para cumplir la promesa: realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad hasta 2015 y después de esa fecha. Informe del Secretario General, 26 de julio de 2010, A/65/150, parr. 82.
- Atienza Rodríguez, Manuel: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas*, núm. 53, 2016.
- Bach, Michael. "El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y

lineamientos para una reforma legislativa". En: Bariffi, Francisco y Palacios, Agustina. Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2011,

- Ballester Pastor, M.A. "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar", en Ballester Pastor (coord.) La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Banacloche Palao, J. «Los Tribunales Económico-Administrativos», Impuestos. Revista de doctrina. Legislación y Jurisprudencia, 2001-2.
- López Insúa, B: "La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales. La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo". Ed. Laborum 2021 p. 176
- Bercovitz Rodríguez-Cano,R; Castilla del Pino,C. "La marginación de los locos y el Derecho". Taurus Ediciones, 1976.
- Biel Portero, I., "Los derechos humanos de las personas con discapacidad", Edit. Tirant. Valencia, 2011, pp. 241-244
- Blackstone, Sir W. "Commentaries of the Laws of England in four books". Clarendon Press at Oxford
- Blanco, M; Centeno, A; Rodríguez-Picavea, A ; Romañach,J, Publicación" Asistencia personal: Una inversión en derechos; una inversión eficiente en empleo". Foro de Vida Independiente - mayo de 2009
- Boileau, N., "L'art poétique", Nouvelle 1674, Paris, 1941.
- Brogna, P. (2006): «El nuevo paradigma de la discapacidad y el rol de los profesionales de la rehabilitación», en El Cisne, abril 2006, Argentina
- Bunge; M.. "La ciencia su método y su filosofía". Ed. Quinto Sol S.A.P11.
- Cabeza Pereiro, J., "Cuestiones sobre el seguro de dependencia", en AA.VV., La economía de la Sociedad Social, Sostenibilidad y viabilidad del Sistema.
- Cámara de los Diputados, proposiciones de ley "Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione" A.C. 1985 Schede di lettura n. 321. Publicada el 3 de julio de 2015 <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/gi0376.pdf>.
- Carbonell Aparici, G. J.: La figura del asistente personal en el movimiento de vida independiente: la experiencia en la Comunidad Valenciana, Tesis Doctoral, UNED, 2018.
- Casado de la Rocha, A. :Biobancos, cultura científica y ética de la investigación. Dilemata, Madrid, año 2, n. 4, p. 1-14, 2010.
- Castan Tobeñas, José. Derecho civil español, común y foral. Tomo III Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. 16ª ed. Reus, SA. Madrid. 1992.

- Castro y Bravo, Federico De, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil* XXXIV, 4, (1.982), Págs. 987-1-085; y *El negocio jurídico*, ED Civitas, Madrid (1985).
- Cavas Martínez, F., “Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.
- Cecchini, S.; Filueira, F.; Robles, C. (2014): *Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe. Una perspectiva comparada*. Santiago de Chile: ONU
- Cienfuegos Mateo, M «La noción de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex art. 234 del tratado CE y su necesaria revisión», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 238, 2005, pp. 3-26;
- *Collected Papers: Stachel, John; Martin J. Klein; A. J. Kox; Michel Janssen; R. Schulmann; Diana Komos Buchwald*, eds. (21 July 2008) [manuscrito publicado entre 1987–2006], «The Collected Papers of Albert Einstein», *Einstein's Writings* (Princeton University Press) 1-10. Más información sobre los volúmenes publicados se halla en la web *Einstein Papers Project* y en *Princeton University Press Einstein Page*.
- *Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad* 18ª Sesión 14-31 de agosto de 2017. Observación general sobre el art. 19: Vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.
- *Comunicación de la Comisión a los Estados miembros*, de 14 de abril de 2000, por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo. En DO N^o C 127, de 5 de mayo de 2000, p. 2.
- Conferencia pronunciada por Rudolf Von Jhering,, con motivo de su despedida de la Universidad de Viena. 1872, p.1.
- *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada en Nueva York por la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. *Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 2008.
- Corbett, J. (1997): «Independent, Proud and Special: Celebratin our Differences», en Barton, L. y Oliver, M. (eds): *Disability Studies, Past, Present and Future*, Leeds, The Disability Press. 1997, p.90-93.
- Cuenca Gómez Patricia “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español”, presentado en el 1º Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, C.A.B.A., 10 y 11 de junio de 2010
- De Amunategui Rodríguez, C., “Coexistencia del mandato preventivo con otras figuras destinadas a la protección de la persona”, en Amunategui Rodriguez, C. (dir.), *Incapacitación y Mandato*, La Ley, Madrid, 2008.
- De Asís Roig, R y Barranco Avilés, MC. 2010 *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006*, de 14 de diciembre, Madrid, Cinca.

- De Asís Roig, R., "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos", en la obra titulada Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Campoy Cervera, I. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2004.
- De Asís Roig, R: La Convención de la ONU como fuente de un nuevo derecho de la discapacidad, en la obra colectiva, Hacia un derecho de la Discapacidad, Aranzadi, 2009.
- De Asís, R. (2010). "Sobre el derecho a la Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia". Papeles el tiempo de los derechos, núm. 4.
- De Castro y Bravo, F., El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985.
- De Lorenzo, Rafael y Pérez Bueno, Luis Cayo (directores), Alcaín Martínez, E y VV.AA.: Tratado sobre Discapacidad, Aranzadi, Pamplona 2007.
- De Vicente Pachés, F., Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias.
- Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales de 16 de mayo de 1989.
- Díaz, Velázquez, E. (2010), Ciudadanía, identidad y exclusión social de las personas con discapacidad, Política y Sociedad, 2010. p.47.
- Díaz Velázquez, E., El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España. Un estudio sobre la desigualdad por razón de discapacidad. Madrid. Editorial Cinca. 2018, p. 219.

- Díez Picazo y Ponce de León, L. Sistema de Derecho Civil, "Introducción y Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica", 5ª edición revisada y puesta al día, Tecnos (1985).
- Díez Picazo y Ponce De León, Luis, "La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de arrendamientos urbanos", Anuario de Derecho Civil IX, 4, (octubre-diciembre de 1956).
- Díez Picazo, L y Gullón, A., Sistema de Derecho Civil, vol. II, Tecnos, 1999.
- Díez Picazo, L y Gullón, A.: "Sistema de Derecho Civil", vol, I, Tecnos 1978.
- Díez Picazo; L.M.: "¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)", REDC 1991, nº32.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A., Sistema de Derecho Civil, vol. I, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2004.
- Diputación Foral de Gipuzkoa, Prestaciones económicas y otras fórmulas de asignación económica individual en los sistemas de atención a la dependencia. Panorama comparativo internacional, Centro de Documentación y Estudios SIIS, Donostia, 2011
- Dueñas Herrero, L. J.: "¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad en la Directiva

2000/78/CE: a propósito de la STSJUE 01-23-2016”, en Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 5, 2017.

- Echeita, G.; y Ainscow, M. (2011). La educación inclusiva como derecho. Marco de referencia y pautas de acción para el desarrollo de una revolución pendiente. Tejuelo, (12)
- Einstein, A. “Mis ideas y Opiniones”. Editorial Bosch 2011.
- Enrico Gabrielli Comentario del Código civil. Art. 343-455. Derecho de la Familia.
- Espinoza, J. Derecho de las Personas. Lima, Gaceta Jurídica, 2012
- Estévez Araujo, J.A.: “La Constitución como proceso y la desobediencia civil”. Ed.Trotta 1994
- Etxeberria Mauleón,X; Goicoetxea Iturregui,M.J.”Marco ético de la Asistencia Personal” La Asistencia Personal en Salud Mental.p30
- Ewald, F. (1990) Un poder sin un afuera. En E. Balbier et al. (eds.) Michel Foucault, filósofo. Gedisa. Barcelona
- Fábrega Ruíz, C, “La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad”, Ramón Areces, Madrid 2006.
- Fábrega Ruiz, C. “La protección jurídica de las personas con discapacidad a la luz de la convención de naciones unidas de los derechos de las personas con discapacidad”. Jaén 2015.
- Fantova Azcoaga, F., “La coordinación estructural de la asistencia sanitaria y de los servicios sociales”, Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar, Nº 1, 2006.
- Gallego Dominguez, I., «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad, coordinado por J. Pérez de Vargas, La Ley-Actualidad, Madrid, 2007.
- Garagorri, X. (2009): “Orientaciones para desarrollar la iniciativa y el espíritu emprendedor”. Aula de Innovación Educativa, nº 182.
- García de Enterría, E:«Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio Analítico de los recursos» en García de Enterría, E., González Campos, J.D. y Muñoz Machado, S.: Tratado de Derecho Comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español, tomo I, Civitas, Madrid, 1986.
- García Garnica, M^aC.: La protección jurídico-civil de las personas con discapacidad AA.VV.: La Protección Jurídico-Social De Las Personas Con Discapacidad. Un Enfoque Integral Y Exhaustivo. AA.VV. José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida, Antonio Márquez Prieto, Francisco Vila Tierno, Juan Antonio Maldonado Molina (direc.). Belén del Mar López Insua y José Luis Ruiz Santamaría (coords.). Montañez Heredia, S. Ed. Laborum. Murcia 2021. ISBN: 978-84-17789-62-6.
- García Martínez. A.: Sinopsis del artículo 49 de la Constitución Española de 1978 Los antecedentes se reducen exclusivamente “al artículo 38 de la Constitución italiana, al Preámbulo de la Constitución francesa de la IV República, declarado

vigente por la Constitución de 1958, y al artículo 71 de la Constitución portuguesa.

- García, L. y Bolaños, I. (2006): La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar. Gijón: Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas de Asturias.
- Garrigues en www.Garrigues.com Perspectivas / 04-11-2021
- Gerhard Quinn, "Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD", Conferencia de HPOD, Harvard Law School, 20 de febrero de 2010.
- Giddens Anthony "Consecuencias de la modernidad". Editorial Alianza Universidad. Madrid. 1993
- Giovanni Bonili-Ferruccio Tommaseo .Comentario del Código civil art.s 404-413. Dell'amministrazione di sostegno.
- González de Patto, R. M^a: "El sistema de La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo". Ed. Laborum 2021 pendencia. Adecuación de las prestaciones en servicios a las personas con discapacidad. p. 939
- Hauriou, R. (1925) Teoría de la institución. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- Herrero López, Montserrat: "Ficciones políticas: el eco de Thomas Hobbes en el ocaso de la modernidad".
- Huete García, A: "La discapacidad en las fuentes estadísticas oficiales. Examen y propuestas de mejora (II). Análisis formal y de contenido sobre discapacidad en las referencias del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)". 2012 .
- Imsero. Libro Blanco de la dependencia. Dir. Por Rodríguez Castelo, A. Madrid 2005..
- Inclusión Europea (2015): Directrices para involucrar a las personas con discapacidad intelectual en las consultas sobre políticas. Disponible en: <https://goo.gl/ELn5Q9>.
- Informe COVID-19 y DID.-Plena inclusión. Navas, Verdugo, Amor, Crespo y Martínez, 2020. <https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscador/informe-covid-19-y-discapacidades-intelectuales-y-del-desarrollo-2020/>.
- International Disability Alliance (IDA), Principios para la implementación del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), Ppio 4.
- Iturrálbe Sesma, V.: Lenguaje legal y sistema jurídico. Ed. Tecnos Madrid 1989
- Jimena Quesada, L: El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales.(2025) . Revista Europea de Derechos Fundamentales
- Jiménez Cano, R.M., "Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad", en Cuenca Gómez, P. Ed., Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, Madrid (Fundación Once & Fundación Peces Barba & Huri-Age & CIDDH & Dykinson) 2010

- Kelsen, H “El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho”. Madrid Ed. Revista de Derecho Privado.1933
- Lacruz Berdejo, J.L. y VVAA Elementos de Derecho civil II derechos de obligaciones y contratos Vol.1º parte general teoría del contrato. Madrid Dykinson 2003.
- Lalaguna, E., “La libertad contractual”, en Revista de Derecho Privado, vol. II, octubre 1972.
- Lasarte Álvarez, Carlos. Contratos: principios del Derecho civil III. 11ª Marcial Pons. Madrid. 2008. Pág. 128
- Libro Blanco de la Atención Temprana (20001. Federación Estatal de Asociaciones de Profesionales de Atención Temprana (GAT).). Real Patronato sobre Discapacidad.
- Illescas Ortiz,R_ «Derecho de competencia: la competencia leal», en Jiménez Sánchez, G.J. Derecho Mercantil, vol. 1, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 699 a 708; Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, El Juez nacional como Juez Comunitario, Civitas, Madrid, 1993, y Sosa Wagner,F., Jurisdicciones administrativas, Sevilla, 1977.
- López, A., Marín, AI., De La Parte, JM. “La planificación centrada en la persona, una metodología coherente con el respeto al derecho de autodeterminación. Una reflexión sobre la práctica”. Siglo Cero, 35(1), nº 210, 2004.
- López-Pérez, M. y Álvarez-Nieto, C. (2020). La asistencia personal en España. Perspectiva de sus protagonistas: personas beneficiarias, responsables de la asistencia personal de las entidades proveedoras y asistentes personales. Trabajo Social Global – Global Social Work, 10(19).
- Luckasson, R., Borthwick-Duffy, S., Buntix, W. H. E., Coulter, D. L., Craig, E. M., Reeve, A., et al. (2002). Mental retardation: Definition, classification, and systems of supports (10th ed.). Washington, DC: American Association on Mental Retardation. Intellectual and Developmental Disabilities Volume: 47 Issue: 2.
- Maldonado Molina, J.A. (2003), El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Maldonado Molina, J.A. (2015), “Configuración jurídica de la figura del asistente personal”, en “Situación de la Asistencia Personal en España”, <http://www.predif.org/sites/default/files/documents/ASISTENCIA%20PERSONAL.pdf>
- Maldonado Molina, J.A.; “Los sistemas protectores de la dependencia”. UGR 2014. Máster Oficial Gerontología, Dependencia y Protección de Mayores. UGR 2013-2014.
- Maldonado Molina, J. A.: “El régimen jurídico de las prestaciones españolas no contributivas de jubilación e invalidez y su coordinación en el Reglamento 883/2004”, en VV.AA.: Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional, Laborum, Murcia, 2017.
- Manresa y Navarro, J., Comentarios al Código Civil español, TOMO VIII, vol. 2º, Ed. Reus, Madrid 1967.

- Marcos, A: "Con COVID y sin COVID: La vulnerabilidad Humana. Cuadernos de Bioética.2020 31(102).
- Marín Ibáñez, R: Interdisciplinariedad y enseñanza en equipo. Madrid: Paraninfo.1979
- Martínez Díe, R., "Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección", La Notaría, nº 2, febrero, 2000.
- Martínez, K. (2003): "El Movimiento de Vida Independiente en Estados Unidos", en García Alonso, J. V. (coord.): Movimiento de Vida Independiente. Experiencias internacionales. Madrid: Fundación Luis Vives.
- Márquez Prieto, A y Vila Tierno, F: "Dignidad inherente derecho a la vida, a la personalidad, integridad, independencia e inclusión". La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo". Ed. Laborum 2021 p. 191
- Moisset de Espanés, I., "La nulidad absoluta y su declaración de oficio", "Los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho".
- Mokate, Karen, Saavedra, J.J.: Gerencia social: Un enfoque integral para la gestión de políticas y programas sociales. Washington: Instituto Interamericano para el desarrollo Social, Washington, D.C
- Molina Fernández, C.: "Bloque V. Normativa", en AA. VV.: Situación de la asistencia personal en España, Predif, Madrid, 2015.
- Molina Navarrete, C. "La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de "última palabra"?: Experiencias de tutela del contratante débil", Diario La Ley nº 9008, 2017.
- Molina Navarrete, C., "Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las «materias» de «empleo », «trabajo» y «protección social»", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, Nº 283, 2006.
- Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., "Integración de las personas discapacitadas", en VVAA, La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares 2012.
- Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Igualdad y no discriminación por razón de edad y Derechos de los Mayores», en Monereo Pérez y Monereo Atienza, El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes, Granada, Comares, 2014.
- Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P: "La ciudadanía de la Unión y la libertad de circulación y residencia como derechos prevalentes en el sistema social de la Unión Europea: la imposibilidad de denegar asistencia personal con motivo de su estancia en otro Estado miembro". Diario La Ley Unión Europea Nº 63, 2018. Págs.3 y ss.
- Montañez Heredia, S: "El sistema de dependencia. adecuación de las prestaciones económicas a las personas con discapacidad. especial referencia a la prestación de asistencia personal".

Obra Colectiva UGR y UMA “LA PROTECCIÓN JURÍDICO-SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN ENFOQUE INTEGRAL Y EXHAUSTIVO”. Ed. Laborum 2021.

- Montañez Heredia, S: “*La resolución extrajudicial de conflictos en materia de discapacidad: creación e impulso de un sistema arbitral digno y actualizado*”. Congreso Internacional Procedimientos Alternativos de Solución de Conflictos. Granados Romera, M.I. y González de Patto, R.M.(Dir.). Vida Fernández, R (coord..). 9 y10 octubre 2019, Universidad de Granada.
- Montes Fernández, F.J.: Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVII. 2014 pp. 57-92.
- Montes Lozano, A: Los Centros de Atención Infantil Temprana (CAIT): una red de centros y profesionales. Revista Pediatría Atención Primaria vol.15 supl.23 Madrid jun. 2013.
- Moreno Vida, MN: “*La protección Jurídico Social de las Personas con Discapacidad. Un enfoque Integral y Exhaustivo*” Ed. Laborum. 2021.
- Morin, Edgar, Ciencia con conciencia. Barcelona: Ed. Anthropos 1984
- Muñoz Ruiz, A.B., “*El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad en la Unión Europea y su extensión a los cuidadores*”, Temas Laborales núm. 101, 2009.
- Naciones Unidas, Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Unión Interparlamentaria, Ginebra, 2007
- Nolan, M., Davies, S., Brown, J., Keady, J. y Nolan, J. “*Beyon ‘person-centred’ care: a new vision for gerontological nursing*”, International Journal of Older People Nursing in association with Journal of Clinical Nursing 13, 3a, 2004,
- O’callaghan Muñoz, X., Código Civil comentado y con jurisprudencia, 5ª edición, La Ley, Madrid, 2006, p. 1230, que “el contrato es máxima expresión de la autonomía de la voluntad.
- O’Reilly, Arthur. Una Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Los siguientes pasos Una revista electrónica, bi-mensual, sobre noticias y opiniones internacionales relacionadas al tema de la discapacidad Volumen No. 17 Enero-Marzo de 2003.
- Ortega Alonso, E. (2015): “*Conclusiones*”. En Ortega, E.(coord.), Situación de la asistencia personal en España, 145-147, Madrid, <<https://www.asistenciapersonal.org/informe.pdf>>.
- Palacios, A. Bariffi, F. “*La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos*”. Ed. Cinca S.L., 2014.
- Palacios, A. y Romañach, J., op. cit., págs. 96 ss.; Romañach, J., Bioética al otro lado del espejo. La visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos, Diversitas Ediciones, Santiago de Compostela, 2009; Ferreira,

M. A. V., «De la minus-valía a la diversidad funcional: Un nuevo marco teórico-metodológico», *Política y Sociedad*, núm. 1, 2010.

- Pelayo Olmedo, J.D., Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación: la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune, *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 37, 2015
- Pérez Bueno, L.C. (Director): “Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones”, en *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa Berra*, CERMI/Ediciones Cinca.2010.
- Pérez De Los Cobos Orihuel, F., “La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia”, en AA.VV. (Coord. Roqueta Buj, R.), *La protección de la dependencia*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 59- 72.
- Piaget J. (1932): *El criterio moral en el niño*. Barcelona: Fontanella (traducción española: 1976).
- Planas, M^a. J. (2013). “El asistente personal para las personas con diversidad funcional: una herramienta para el cumplimiento de derechos”. *Revista Trabajo Social Hoy*, 68, pp.31-54.
- Prieto, J. M. et al. (2019): “Asistencia personal y discapacidad intelectual: un servicio para la inclusión social”. *Revista Española de Discapacidad*, 7 (II): 7-27.
- Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Proyecto de investigación AICO/2021/090 “La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial”, financiado por la Conselleria d’Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que es IP el Prof. José Ramón de Verda y Beamonte.
- Querejeta González, M.: *discapacidad/dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación IMSERSO 2004*.
- Recover Balboa, T. Ponencia en el *Experto en Discapacidad*, Universidad de Granada.2013
- Resumen ejecutivo de los efectos de la productividad, envejecimiento, empleo e inmigración sobre la sostenibilidad del sistema público de pensiones en España. 2010. *Propuestas de reformas*. Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Rodríguez Cabrero, G y Marbán Gallego, V (Coords.), *Informe de Evaluación del Sistema de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (SAAD)*, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, septiembre de 2022, pág. 84
- Rodríguez Rodríguez, P., *El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia*, Documento de Trabajo 87/2006, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.

- Rodríguez-Picavea, A. (2010): "Vida Independiente: Dignidad y derechos de la diversidad funcional. Revista de Terapia Ocupacional Galicia, 7 (6): 78-101.
- Rodríguez-Picavea, A., y Romañach, J. (2006). "Consideraciones sobre la figura del Asistente Personal en el proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia".
<http://www.carm.es/ctra/cendoc/haddock/14123.pdf>
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M (2008) "Comentarios a la Constitución Española", Dir. M.E. Casas Baamonde, Fundación Wolters-Kluwer, Madrid.
- Román, B. (2016), "Ética en los servicios sociales: justicia, cuidado y calidad de vida". Conferencia impartida en y publicada por el Institut Europeu d'Humanitat.
- Roqueta Buj, R.,(coord..) "El sistema para la autonomía y atención a la dependencia", en AA.VV. La protección de la dependencia, .
- Ruiz-Jarabo Colomer, D.: El Juez nacional como Juez Comunitario, Civitas, Madrid, 1993;
- Ruíz Santamaría, J.L.; "Prevención de riesgos laborales y discapacidad" La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo". Ed. Laborum 2021. p 1045-1047.
- Sacks, Oliver (2016). En movimiento. Una vida. Anagrama: Madrid.
- Sánchez Cáceres, L.F: "El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación" *Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº39 . 2019.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Los divergentes conceptos de asistencia social en el derecho de la Unión europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.
- Santos Urbaneja, F. Fiscal coordinador Andalucía, protección personas con discapacidad. Colección de dictámenes sobre conceptos jurídicos y cuestiones relativas a las personas con discapacidad psíquica. Fiscalía provincial de Córdoba, Sección de Protección de Personas con Discapacidad.
- Santos Urbaneja, F., Fiscal coordinador Andalucía, protección personas con discapacidad. "Capacidad y Autogobierno" Publicado en: Documento Sitges 2009 Análisis de la capacidad para decidir durante la evolución de una demencia.
- Santos Urbaneja, F: "Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio". Ed. Edisoffer Colección Sumarium 2021
- Sanz Cintora, A: Acción Social y Trabajo Social en España. una recisión histórica. Rev. Acciones e Investigaciones Sociales N 13, 2001.
- Schalock, R. L., Verdugo, M. A. y Gómez, L.E. (2011). Evidence-Based Practices in the Field of Intellectual and Developmental Disabilities: An International Consensus Approach. *Evaluation and Program Planning*, 34(3), 273-282.
- Seoane, J. A. (2011), "La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica", *Siclo Cero*, 42/1, 21- 32.

- Serrano García, I., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003”, Iustel, página 157, pie de página 130.
- Sevilla, J., Abellán, R., Herrera, G., Pardo, C., Casas, X., Fernández, R. Un concepto de Planificación Centrada en la Personas para el siglo XXI. Fundación Adapta, 2009.
- Soriano García, J.E.: «El efecto directo de las Directivas: posiciones iniciales de nuestra jurisprudencia», Noticias CEE, núm. 52, 1989.
- Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad. Madrid, a 13 de junio de 2012.
- Székely, M. (2014): Cambios en la institucionalidad de la política de protección social en América Latina y el Caribe: avances y nuevos desafíos. Nota Técnica del Banco Iberoamericano de Desarrollo nº 810.
- Thompson, J.R et al.: “Conceptualizing Supports and the Support Needs of People With Intellectual Disability”. Magazine Intellectual and Developmental Disabilities Volume: 47 Issue: 2.
- Torras, Isabel (2000). “Retirar Andamios. Procesos de Autonomía y personas con disminución”. Revista: Educación Social. Revista de Intervención Socioeducativa. ISSN: 1135 -8629
- Van Hauwermeiren, Juliska; Decruynaere, Elke (2009): Direct payments in care – Current situation in 8 European countries. Expertise Centre Independent Living. Belgium.
- Verdera Server, R. “Comentario a la STS, Sala 1ª, de 17 de noviembre de 2000”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº56, abril-septiembre 2001.
- Verdugo, M. A. y Navas, P. (2017). Todos somos todos: derechos y calidad de vida de las personas con discapacidad intelectual y mayores necesidades de apoyo. Real Patronato sobre Discapacidad.
- Vila Tierno, F., «Las competencias de empleo en el ámbito local. La regulación en España», en Álvarez Cortés (Dir.) y Vila Tierno (Coord.), Las políticas de empleo en el ámbito local. Especial atención a colectivos desfavorecidos: jóvenes, mayores y discapacitados, Málaga, AMES, 2017, p. 14.
- Vivas Tesón, I: “Discapacidad y consentimiento informado en el ámbito sanitario y bioinvestigador” Pensar - Revista de Ciências Jurídicas 21(02) Enero 2016.pp:534-567
- Wolff, J. y de-Shalit, A. (2007), Disadvantage, Oxford University Press.
- Zwick, JIM (20 de julio de 2002). Bread and Roses: The Lost Histories of a Slogan and a Poem. «Bread and Roses: Poetry and History of the American Labor Movement». www.boondocksnet.com. Archivado desde el original el 14 de septiembre de 2002.