

INFORME SOBRE REVISIÓN DE LA LEY (39/2006) DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA TRAS 15 AÑOS DE VIGENCIA

Clínica Jurídica sobre Derechos Humanos Javier Romañach
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid

Getafe, enero de 2022

El presente informe se ha realizado dentro de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos Javier Romañach, sección de Discapacidad, del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, en el marco de la colaboración entre CERMI Estatal y la Clínica Jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid.

El informe tiene como objetivo llevar a cabo una revisión de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia tras 15 años de vigencia en el Derecho español, todo ello, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Este programa Clínico ha sido dirigido por Rafael de Asís. M^a de Mar Rojas y Francisco Bariffi han sido tutores del mismo. La Clínica se ha realizado de manera on-line y han participado: Blanca María Bira (Derecho), Luis Domenech Moya (Derecho y Ciencias Políticas), Pilar Farias Varona (Derecho y ADE), Sandra Maroto Fernández (Derecho) y Helia Platero Rodríguez (Derecho).

1. INTRODUCCIÓN	4
2. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA.....	4
3. GRADOS DE DEPENDENCIA Y DISCAPACIDAD.....	7
4. DERECHO A LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y EL DERECHO A LA VIDA INDEPENDIENTE	13
5. ENFOQUE DEL SISTEMA DE PRESTACIONES Y SERVICIOS DE LA LEY	15
5.1. Significado de la cuestión	15
5.2.- Problemas de la Ley.....	16
5.3. Posibles soluciones.....	18
6. DISEÑO DE LA ASISTENCIA PERSONAL (ESPECIAL ATENCIÓN A LAS “ACTIVIDADES BÁSICAS DE LA VIDA DIARIA”)	19
7. ENFOQUE DE GÉNERO Y LEY DE DEPENDENCIA.....	23
8. DECISIÓN SOBRE LAS PRESTACIONES Y SERVICIOS. QUIÉN TOMA LA DECISIÓN (CAPACIDAD JURÍDICA Y APOYOS)	25
9. DERECHOS DE LAS PERSONAS EN LAS INSTITUCIONES Y PROTECCIÓN DE DATOS EN EL SISTEMA DE DEPENDENCIA.....	27
9.1. Significado de la cuestión	27
9.2. Problemas de la Ley	28
9.3. Posibles soluciones.....	28
10. IGUALDAD EN EL ÁMBITO DEL ESTADO.....	30

INFORME SOBRE REVISIÓN DE LA LEY (39/2006) DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA TRAS 15 AÑOS DE VIGENCIA

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “la Convención”) adopta un marcado enfoque de derechos humanos, empleando el “modelo social” para abordar la regulación de los derechos de las personas con discapacidad. Esta primera premisa nos lleva a considerar la Convención como documento de autoridad en la materia, y al deber de contrastar el contenido de la actual ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, “Ley 39/2006”) con las disposiciones de la Convención, para conocer el grado de adecuación entre las mismas, así como los principales “puntos de fricción” y posibles propuestas de mejora.

Habiendo transcurrido más de 15 años de la adopción de la ley 39/2006, se estima que un 3% de la población española ha sido considerada como “colectivo en situación de dependencia”. Dicho dato refleja los casos de personas que han recibido un dictamen favorable por parte de la administración pública, lo cual, hace pensar que el dato real del colectivo en situación de dependencia sea mucho mayor.¹

2. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA

No es extraño relacionar dependencia con edad, enfermedad y discapacidad. Ahora bien, las definiciones de la dependencia suelen limitar dicho concepto a las personas que requieren ayuda para realizar actividades de la vida diaria debido a ciertas limitaciones que afectan a su autonomía funcional. Así, no toda persona menor de edad, enferma o considerada como persona con discapacidad es considerada como persona en situación de dependencia. De hecho, existen personas mayores, con ciertas enfermedades o personas con discapacidad que no se encuentran en una situación de

¹ Ramírez-Navarro JM, Revilla Castro A, Fuentes Jiménez M, Gómez Castro E. XXI Dictamen del Observatorio Estatal de la Dependencia. Ed. Asociación de Directoras y Gerentes de Servicios Sociales de España. MÁLAGA- ESPAÑA. 2021

dependencia, y personas jóvenes, y sin discapacidad que se encuentran en un determinado momento de su vida en una situación de dependencia.

Esto no significa rechazar la relación que puede existir entre situación de dependencia y discapacidad. Una cosa es que existan personas con discapacidad que no se encuentren en una situación de dependencia, y otra que la dependencia no suponga, de cierto modo, algún tipo de discapacidad.

Como es sabido, desde la filosofía del modelo social, la discapacidad deja de explicarse a partir de la deficiencia de la persona y lo hace a partir de las deficiencias de la sociedad como barreras que limitan. Se considera que las causas que dan origen a la discapacidad son mayoritariamente sociales y que las personas con discapacidad aportan de igual manera a las necesidades de una comunidad que el resto de personas sin discapacidad (pero siempre desde la valoración y el respeto a su condición que difiere del resto).

El modelo 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 tiene en consideración ni tiene presente a las personas con discapacidad. Uno de los presupuestos del modelo social radica en que las causas que desencadenan la discapacidad no son individuales, sino que son preponderantemente sociales. No son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

Visto así, el modelo social parece necesitar de otra mirada en el diseño e implementación de políticas en la materia. Por ello, si se considera que las causas que originan la discapacidad son sociales, las soluciones no deberían orientarse individualmente a la persona, sino más bien centradas hacia la comunidad/sociedad.

El modelo social está presente en la Convención desde su preámbulo, donde se reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igual de condiciones con las demás. De igual modo, aparece reflejado en el artículo 1, el cual 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 los demás.

De ambas definiciones se desprende:

a) La innegable asunción del modelo social de discapacidad cuando asume que ésta resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno.

b) Que la discapacidad es un concepto en evolución, pues la definición que la Convención adopta no es cerrada, sino que incluye a aquellas que tengan deficiencias mentales, físicas, intelectuales o sensoriales, lo que no significa que excluya a otras personas o situaciones que puedan incluirse dentro de esta definición, tan sólo fija un límite.

c) Y, que la discapacidad es el resultado de limitaciones individuales de las personas y las barreras del entorno, pudiendo éstas últimas en ocasiones limitar o impedir la participación de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto.

La filosofía del modelo social es trasladable al tratamiento de las situaciones de dependencia; y también lo es el llamado modelo médico o rehabilitador para describir la legislación relativa a la dependencia.

La Ley 39/2006 define el concepto de dependencia como el 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 o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

Este concepto de situación de dependencia contiene dos características y un presupuesto. Las dos características son: a) la existencia de rasgos físicos, psíquicos o intelectuales que limitan en mayor o menor grado la autonomía de una persona en la realización de actividades de la vida diaria; b) la necesidad de asistencia y/o ayuda. El presupuesto es la relevancia que se concede a la independencia y autonomía de las personas.

Se trata de una definición cercana al denominado como modelo rehabilitador (o modelo médico). Las características fundamentales de este modelo son dos. En primer lugar, las causas que se alegan para justificar la discapacidad. Es decir, se alude a la discapacidad en términos de “enfermedad” o como “ausencia de salud”. En segundo lugar, se considera que las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, pero sólo en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas, y logren asimilarse a las demás personas (válidas y capaces) en la mayor medida posible. Con lo cual, entran en un “proceso de normalización” a fin de poder obtener por parte de la sociedad un valor como personas y como ciudadanas y ciudadanos.

Puesto que la atención se centra en la discapacidad (en aquello que la persona no es capaz de realizar), se produce la subestimación de las aptitudes de las personas con discapacidad, y así el tratamiento social otorgado se basa en una actitud paternalista y caritativa, enfocada hacia las deficiencias de tales personas que, se considera, tienen menos valor que el resto.

Así, una primera crítica que se puede hacer a la Ley 39/2006 radica precisamente en la **ausencia del modelo social en la conceptualización de la situación de dependencia**. La Ley adopta un concepto de situación de dependencia netamente individual, centrado en limitaciones de la persona, y no aludiendo en absoluto a las limitaciones sociales que agravan o generan la misma situación de dependencia.

Una situación de dependencia no consiste solamente en tener una edad, una enfermedad o una discapacidad considerada como deficiencia, puesto que los impedimentos que pueda sufrir esa persona no sólo están condicionados por esos rasgos individuales, sino que como indicábamos antes, se las marca el entorno social y las

actividades en las que se desarrolla. El reto consiste en alejar la noción de dependencia de la limitación personal para centrarla en las barreras sociales, las cuales pueden ser tanto físicas, comunicacionales como actitudinales, al tiempo que también deben ser evaluadas desde las necesidades particulares de cada persona. En otras palabras, la situación individual no puede ser el marco principal de referencia para determinar la situación de dependencia sino más bien el grado de adaptabilidad de las medidas de promoción de la autonomía personal.

La definición resulta insuficiente si la analizamos desde el modelo social de discapacidad. Como venimos subrayando, el modelo social entiende que cuando hablamos de discapacidad nos enfrentamos, por una parte, con una diversidad funcional de la persona, pero por otra, también nos enfrentamos a limitaciones sociales. Y desde esta definición se entiende a la situación de dependencia *solo* desde las supuestas limitaciones funcionales de la persona (sean físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) sin abarcar o tener siquiera presente las limitaciones sociales que generan o agravan las situaciones de dependencia.

Cada uno de los dos textos legales parte de premisas y paradigmas diferentes que posteriormente quedan reflejados en el desarrollo de sus respectivos artículos, es decir, si se atiende a los fines perseguidos por las normas, en la Convención se basa en los principios del modelo social y de vida independiente, mientras que la Ley 39/2006 a pesar de introducir ciertos cambios en su planteamiento, son todavía escasos los avances hacia el modelo social y se alinea con el modelo médico-rehabilitador.

Parece adecuado manejar un concepto de situación de dependencia que se proyecte más sobre la *situación*, que sobre la pertenencia o no a un determinado colectivo. La “situación de dependencia” no es una cualidad de ciertas personas, sino una situación que afecta –de forma temporal o no- a algunas personas, o de determinadas etapas de la vida. No existen “personas dependientes” y “personas independientes”, sino situaciones en las que una persona puede perder o ver limitada, en mayor o menor grado su autonomía para la realización de determinadas actividades.

De este modo, lo que justifica la atención a la situación de dependencia y la realización de actuaciones normativas, no debe ser tanto la pertenencia al colectivo de personas mayores, personas con discapacidad, personas que se encuentran enfermas, etc..., sino la situación concreta en la que se encuentra la persona debido a las diferentes barreras que les impiden desarrollar actividades de la vida diaria en igualdad de condiciones con los demás.

3. GRADOS DE DEPENDENCIA Y DISCAPACIDAD

En la regulación de las personas en situación de dependencia, no todas reciben las mismas prestaciones. Así por ejemplo, es posible afirmar que las situaciones de

discapacidad física pueden llegar a tener menor protección. Y ello se desprende del contenido de la Ley 39/2006.

Básicamente, dicha ley, y las previsiones que en ella se establecen, pivotan alrededor de la definición de grados que la misma contiene. Concretamente, en su **artículo 19**, referente a la **prestación económica de asistencia personal (AP)**, establece que tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. No obstante, dicho precepto no prevé la posibilidad de que una persona en situación de discapacidad física, sin encontrarse dentro de uno de los grados de dependencia, necesite una prestación económica de carácter asistencial.²

La prestación económica destinada a contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la contratación de un asistente personal, encuentra algunos tropiezos. Y también, limitaciones a su desarrollo.

El importe de la prestación se determina aplicando, a la cuantía máxima establecida para cada grado de dependencia, un coeficiente calculado según la capacidad económica de la persona. Deberá descontarse cualquier otra prestación económica de análoga naturaleza y finalidad que se esté percibiendo.

La situación es la que subsigue. Una vez aprobada y concedida a la persona con discapacidad la asistencia personal, y en función de la fórmula establecida por la Administración, la modalidad de acceso a la asistencia personal por parte de la persona con discapacidad varía.

1. Pago directo: la Administración entrega directamente la cuantía económica a la persona, para que ésta autogestione su asistencia personal de forma individual, dando cuentas a la administración correspondiente según los requisitos establecidos.
2. Pago indirecto vinculado al servicio: tal y como funcionan con otros servicios, la Administración, previo consentimiento del usuario, endosa (transfiere) la cuantía de la prestación económica de asistencia personal que le correspondería a la persona a la entidad que esta elija para hacerle la asistencia. En este caso, es la entidad la que justifica a la administración el servicio que recibe la persona.

En este sentido, la Administración posibilita que la persona forme parte de una OVI (cooperativa de usuarios) o una entidad social donde se gestiona la parte administrativa de la asistencia personal. Serán los que reciban la cuantía económica, pero teniendo en cuenta siempre que será la persona con discapacidad la que tenga el control sobre sus asistentes personales siguiendo los principios de autogestión mencionados anteriormente.

Siempre se debe justificar el gasto aportando la factura original expedida por la empresa o entidad privada o por el asistente personal. Al pago de este recurso que se

²Informe sobre el Impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia

está utilizando a través de esta prestación económica vinculada al servicio se le suele denominar "cheque servicio".

Y, ahora exponemos las "posibilidades y limitaciones al desarrollo del pago directo y pago indirecto vinculado al servicio":

En el caso de pago directo, cuando se realice un contrato directo con el asistente personal éste debe estar dado de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social. En la actualidad son casi inexistentes debido a la inviabilidad económica que supone esta opción.

Actualmente, la Comunidad de Madrid viene exigiendo a los asistentes estar acreditado con una formación cuya orientación no va en la línea de la filosofía de vida independiente ni de la experiencia de los proyectos de asistencia personal, en contra de lo que establece la Convención y, contraviniendo su artículo 19 donde se reconoce el derecho "en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad". Y, de la propia ley 39/2006, cuando contempla en su artículo 15 un catálogo de servicios para la promoción de la autonomía personal y para la atención a la dependencia. Contradiendo, igualmente, el artículo 1 de la Convención ("Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales"). Se produce así doble desigualdad: 1. "con los demás"; y, 2. "entre personas con discapacidad".

La necesidad de cumplimiento de todos los requisitos sugeridos, dificulta que en realidad se desarrolle el pago directo, ya que no hay una red de profesionales que reúnan todas estas características, por lo que la persona realmente tiene pocas posibilidades de elegir y tiene que conformarse y adaptarse a la realidad existente.

En el caso de las entidades, OVIs y empresas, son pocas las acreditadas que ofrecen el servicio de asistencia personal y que están dadas de alta en el Registro de entidades, servicios y centros de carácter social.

No existe actualmente ninguna regulación en relación a que la gestión de estas entidades cumpla los requisitos para que estas garanticen la autonomía de la persona y la cogestión de la asistencia personal con ésta. Los requisitos de acceso al recurso deberían ser reales y lo suficientemente amplios para que existan personas que se puedan beneficiar, al igual que un abanico diverso de operadores para poder escoger.

Además, es importante hacer referencia al **artículo 2.3**, a la hora de definir las **Actividades Básicas de la Vida diaria** ("ABVD"), que dan pie a sus consiguientes problemas: *"las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas."*

A este precepto habría que añadirle la previsión de impedimentos en la movilidad física, con la finalidad de garantizar su posible ejercicio de derechos.

Finalmente, conforme la previsión del **artículo 14**, relativo a las prestaciones de atención a la dependencia, establece en su apartado 6º que "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.”

Una vez más, la ley fracasa a la hora de reconocer una previsión para las personas con una discapacidad física, al prever únicamente una prestación económica vinculada al servicio para las personas en situación de dependencia, sin atender a sus posibles restricciones o imposibilidades de movilidad.

Los criterios para saber si el servicio es idóneo consisten en valorar: 1) Una vida activa y un estado de salud que no impida salir del domicilio; 2) Tener capacidad suficiente de decisión sobre cómo vivir y recibir atención según las preferencias personales; y, 3) Tener un proyecto vital que requiera de una atención profesional (no familiar) para llevarlo a cabo.

Haciendo referencia al marco constitucional para abordar la discapacidad, el artículo 49.2 de la Constitución española establece que los poderes públicos llevarán a cabo 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.

Además, desde el artículo 14, referente a la igualdad real y efectiva, podemos establecer una premisa de no discriminación de naturaleza más concreta, sobre un determinado colectivo, que serían en este caso, las personas en situación de dependencia o discapacidad.

Cuando hablamos de accesibilidad, como uno de los pilares a los que aspira la legislación sobre dependencia y discapacidad que nos concierne, debe ser garante tanto de las personas que están en esta situación por una causa física como intelectual, “para todos”, y sin obstáculos.

Por lo tanto, y de la forma en la que se señalaba, resulta difícil de justificar desde un ámbito legislativo con perspectiva social.

Puede ser citado, en este sentido, el modelo estadounidense o inglés, en donde se protege a las personas, con independencia del grado de minusvalía, por el hecho de ser considerada socialmente, entre otras razones, una persona con discapacidad.³

Si bien la evaluación y determinación del grado de “discapacidad” y el de “dependencia” son independientes, claramente dichos procedimientos, que son de naturaleza administrativa, obedecen a un criterio o enfoque anacrónico y basado en el modelo médico.

Antes de nada, resulta imprescindible en este sentido realizar una definición de lo que se procede a analizar, es decir, las barreras sociales. Se tratan de las limitaciones establecidas por la sociedad a las que se enfrenta la persona en situación de

³*La accesibilidad universal en el marco constitucional español* (Asís, Aiello, Bariffi, Campoy, Palacios), Universidad Carlos III de Madrid, 2006.

discapacidad en el lugar en donde vive, en su entorno laboral o educativo, en sus actividades rutinarias, etc. Se trata de un problema de contexto y es que son barreras sociales que les impiden la realización de su vida de forma autónoma. El artículo 2.a) del Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General sobre derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, las define como *“barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”*

La vida en sociedad ha sido pensada para las personas que no están en situación de dependencia o discapacidad. Por lo tanto, cuando las normas, lo único que hacen es perpetuar su situación de dependencia, en lugar de contribuir a su autonomía, se está dando una situación de barrera social. De ahí a la importancia de incidir en este punto.

Tablas resumen:

GRADOS DE DEPENDENCIA	Número de A.V.D en las que precisa ayuda
Moderada (Grado I)	VARIAS al menos UNA VEZ al día o tiene necesidades de apoyo INTERMITENTE o LIMITADO para su autonomía personal.
Severa (Grado II)	DOS o TRES veces al día, NO requiere APOYO PERMANENTE de un cuidador o teniendo necesidades de APOYO EXTENSO para su autonomía personal.
Gran (Grado III)	Varias, VARIAS VECES al día y por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el APOYO INDISPENSABLE Y CONTINUO de otra persona o tiene necesidades de APOYO GENERALIZADO para su autonomía personal.

Por un lado, los grados de dependencia parecen no hacer ninguna referencia a las barreras sociales a la hora de definir los grados. Necesitar ayuda una/dos o tres/ varias veces al día en las actividades de la vida diaria no parece enfocarse en el entorno social precisamente, sino en la situación y particularidades de la rutina de la persona en situación de dependencia. Tampoco el hecho de que el apoyo sea intermitente o limitado / extenso y permanente / indispensable, continuo y generalizado (esto último resulta claro que se trata del apoyo externo otorgado por la persona en cada caso, sin enfocarse en las barreras sociales precisamente).

GRADOS DE DISCAPACIDAD	Síntomas, signos o secuelas	Porcentaje asignado
Nula (Grado 1)	Mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria (“A.V.D”).	0%.

	Deficiencias permanentes que no producen discapacidad.	
Leve (Grado 2)	Existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las A.V.D, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas. Deficiencias permanentes que originan una discapacidad leve.	Entre 1% y 24%.
Moderada (Grado 3)	Disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las A.V.D, siendo independiente en las actividades de autocuidado. Deficiencias permanentes que originan una discapacidad moderada.	Entre 25% y 49%.
Grave (Grado 4)	Disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las A.V.D. Puede estar afectada alguna de las actividades de autocuidado. Deficiencias permanentes que producen una discapacidad grave.	Entre 50 % y 70 %.
Muy grave (Grado 5)	Imposibilitan la realización de las A.V.D. Deficiencias permanentes severas que originan una discapacidad muy grave.	75%.

En cuanto a los grados de discapacidad, parece a primera vista que ocurre lo mismo. Se tiene en cuenta la magnitud de síntomas, signos o secuelas para asignar un porcentaje en este sentido, que determinará el grado asignado de discapacidad (nula / leve / moderada / grave / muy grave). Asimismo, prevé la temporalidad de las “deficiencias”, si bien considera permanentes todas, se determina en función de si originan o no discapacidad, y de la manera en la que lo hacen, si es leve / moderada / grave (siguiendo el mismo esquema).

La norma que regula la valoración y determinación del grado de discapacidad evidencia un enfoque claramente centrado en las limitaciones o las deficiencias de la persona, pero sin contextualizar las mismas en las barreras que la persona enfrenta a raíz de dichas deficiencias.⁴ Es cierto que la norma reglamentaria introduce en criterio de valoración denominado “actividades de la vida diaria” (AVD) el cual recoge algunas variables que podrían considerarse como barreras tales como “capacidad para utilizar el transporte” o “actividades de ocio”, pero lo hace desde un enfoque individual, al tiempo

⁴Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

que resulta un baremo excesivamente acotado que no refleja la diversidad de barreras que las personas con discapacidad enfrentan a diario en el ejercicio de sus derechos.

Para poder establecer una medición de los grados de dependencia y discapacidad teniendo en cuenta las barreras sociales a la hora de establecer los porcentajes, quizás habría que tener en cuenta el contexto de la persona, la ciudad en la que vive, incluso el barrio, el tipo de actividades que desempeña día a día, si trabaja o si estudia, si tiene familia o incluso si tiene un familiar a su cargo.

4. DERECHO A LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y EL DERECHO A LA VIDA INDEPENDIENTE

El artículo 19 de la Convención establece el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, considerándose **un artículo crucial de la Convención**. El propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “el Comité”), órgano fiscalizador de la actuación de los estados en relación a la Convención y máximo intérprete del contenido de la misma, explica en qué consiste este derecho en su Observación general número 5 (2017) (en adelante, “la Observación”).

Este derecho supone **preservar la libertad de elección y la capacidad de control sobre las decisiones propias que afecten a su vida, en un sentido amplio**. No debe considerarse como la mera capacidad de llevar a cabo las acciones cotidianas por uno mismo, sino que debe ir más allá.

El contenido del artículo se subdivide en 3 subapartados:

a) *“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”*

a) *Las personas con discapacidad 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.*

b) *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 necesidades.*

El núcleo esencial de este derecho es que la persona pueda elegir dónde, cómo y con quién vivir, que la persona pueda diseñar *“sus horarios, rutinas, y modo y estilo de vida, tanto en la esfera privada como en la pública y tanto en lo cotidiano como a largo plazo”* (párrafo 24 de la Observación). Se menciona otro ejemplo de casos en los

que la persona no pueden tomar sus decisiones libremente por falta de alternativas: *“Así sucede, por ejemplo, cuando el apoyo no profesional de la familia es la única opción existente”*.

Este derecho es de carácter civil y político, por lo que se le presupone una aplicación directa e inmediata.

Los dos últimos subapartados hacen referencia a un derecho económico, social y cultural, en el que el estado debe actuar para dar acceso a esas prestaciones y favorecer la creación de estos espacios accesibles para las personas con discapacidad.

La configuración del derecho sigue una perspectiva de libertad en el sentido positivo, entendida esta como la **capacidad en la toma de decisiones**. Es el Estado el que, a través de los apoyos necesarios, actúa para brindar a la persona con discapacidad la potestad de la libre elección en estos ámbitos. Por lo tanto, es un derecho de naturaleza prestacional, en el que el estado está obligado a remover los obstáculos que discapaciten a la persona para que esta pueda ser realmente libre para tomar sus decisiones y formar parte de la comunidad. Esta perspectiva del derecho casa a la perfección con la óptica del modelo social que encarna la propia Convención (no asistencialista ni prescindente).

Nuestra ley contempla varios puntos en los que, por diversas razones, se da un distanciamiento con el modelo de la Convención.

- La falta de adecuación de los sistemas de apoyo y protección social para garantizar una forma de vida independiente en la comunidad.

El Art 4 les permite el acceso a todas las prestaciones que aparecen en la ley 39/2006, pero esas prestaciones no están encaminadas a desarrollar la autonomía ni la vida independiente sino al cuidado de las personas en situación de dependencia. Este punto en concreto se desarrolla más ampliamente en otra sección del informe, pero quede constancia aquí de que contraviene el artículo 19 de la Convención.

- **La ausencia de asignaciones presupuestarias y marcos jurídicos adecuados para la prestación de asistencia personal y apoyo individualizado**, cuyo máximo exponente es el carácter restringido y subsidiario de la “asistencia personal”, en el que se ha profundizado en la anterior sección del informe (artículo 14.2, que establece el carácter prioritario de los servicios del artículo 15, entre ellos el Servicio de Atención Residencial del artículo 25).

- La falta de estrategias y planes de **desinstitucionalización y la continuación de las inversiones en instituciones de prestación de cuidados**. Un sistema de prestaciones que concede una gran importancia a la institucionalización, como el nuestro, se encuentra en clara contraposición con el artículo 19 a, ya que este tipo de centros se encarga de delimitar en gran parte la vida diaria de las personas con discapacidad, en detrimento de su toma de decisiones independiente. Otra sección del informe está dedicada a esta cuestión en concreto. Debemos hacer hincapié en otro artículo de la ley, el 3.i: “La permanencia de las personas en situación de dependencia, *siempre que sea posible*, en el entorno en el que desarrollan su vida”

Si bien no es estrictamente contrario al espíritu de la Convención, el “siempre que sea posible” concede cobertura jurídica a la institucionalización.

- Las ideas erróneas sobre el derecho a vivir de forma independiente en la comunidad. Un ejemplo de ello es el concepto de “actividades básicas de la vida diaria”, definido en el artículo 3 de la ley, y cuya concepción estricta da una idea equivocada de lo que supone vivir de manera independiente. Existe una sección del informe dedicada exclusivamente al trato de este concepto y a sus incoherencias.

5. ENFOQUE DEL SISTEMA DE PRESTACIONES Y SERVICIOS DE LA LEY

5.1. Significado de la cuestión

El sistema de prestaciones y servicios viene regulado desde el artículo 13 hasta el 25 bis de la Ley 39/2006. Como aclara la propia norma, las prestaciones están encaminadas a una mejoría en la calidad de vida de las personas con discapacidad y a la promoción de su autonomía personal.

Según el artículo 14, las prestaciones podrán ser económicas o dedicarse a prestar un servicio a la persona con discapacidad, por lo tanto, trataremos los dos tipos de prestaciones por separado para poder profundizar en ambas.

Por un lado, la prestación de servicios recoge un catálogo de servicios que se le podrá prestar a la persona en función de su necesidad. Podemos distinguir varios tipos, estos son:

a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal: su principal función es prevenir que empeoren las enfermedades existentes o discapacidades y evitar que aparezcan otras nuevas. Son programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores, personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos.

b) Servicio de Teleasistencia: permiten a quien lo necesite, mediante la utilización de dispositivos tecnológicos, la asistencia telemática inmediata para situaciones de emergencia, de inseguridad, soledad o aislamiento.

c) Servicio de Ayuda a domicilios: servicios que realizan personas especializadas en el domicilio de la persona con discapacidad. Pueden ser tanto necesidades relacionadas a actividades de su vida diaria como necesidades domésticas (lavar, planchar, cocinar...)

d) *Servicio de Centro de Día y de Noche*: son centros diurnos o nocturnos enfocados a ofrecer a las personas una asistencia integral. Pueden ser varios servicios como rehabilitación, asistencia personal o asesoramiento, entre otras.

e) *Servicio de Atención Residencial*: se realiza en centros residenciales habilitados y se aportan tanto servicios personales como sanitarios.

Por otro lado, las prestaciones económicas se dividen en tres tipos: prestación vinculada al servicio (deberá ser utilizada para contratar un determinado servicio, en el caso de que no se pueda acceder a uno público), para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal (para contribuir a la contratación de un asistente 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).

Se establece que las prestaciones económicas y de servicios serán incompatibles, salvo con los servicios de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal y de teleasistencia. Los servicios también son incompatibles entre sí, al igual que las prestaciones.

5.2.- Problemas de la Ley

El artículo 26 de la Convención recoge los derechos relacionados con la habilitación y rehabilitación por los cuales se garantiza que las personas con discapacidad contarán con que puedan *lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida*. Con respecto a estos derechos encontramos distintos problemas.

El principal de todos que se ha observado, es que la Ley 39/2006 se basa en un **enfoque primordialmente asistencial**, por lo que, las prestaciones de servicios se enfocan más en una asistencia a la persona y no tanto de la promoción de su autonomía. Es decir, no se crean servicios para que pueda tener una vida más independiente, con libertad de elección de actividades, sin mencionar que **en ningún momento se hace alusión a actividades recreativas** como el deporte, la cultura, el ocio u otras actividades que la persona pueda disfrutar. Tampoco se hace ninguna alusión **a la salud mental**, todos los servicios van enfocados a una asistencia física, de cuidado, pero se olvidan de la importancia de una buena salud mental y los grandes beneficios que puede aportar a la persona.

Dicho enfoque asistencial, discrepa del modelo social de la Convención. En el modelo social es necesario que las necesidades de las personas con discapacidad y los servicios que se le presten para lograrlo deban tenerse en cuenta por parte de la sociedad, y este precepto no se puede llevar a cabo si se obvia un gran parte de las necesidades personales, como son las recreativas, y solo se centra en una postura básica asistencial que ni siquiera han frene a la salud mental.

La Convención indica que los apoyos más adecuados son aquellos que garantizan o promueven la elección y control de los mismos por parte de las personas con discapacidad, así como su inclusión en la comunidad.

Por otro lado, uno de los ejes en la argumentación en el Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con los apoyos⁵, es la necesidad de disponer de una gama amplia, diversificada y flexible de apoyos que respondan a las distintas necesidades, perfiles y preferencias de las personas con discapacidad a lo largo de su ciclo vital. La clave de estos distintos apoyos es que la persona se vea promovida en su autonomía personal, la toma de decisiones y su inclusión en la comunidad.

Bajo este enfoque, se puede entender la compatibilidad de diferentes servicios, considerando siempre como un criterio de funcionamiento el papel protagonista de las personas con discapacidad, sus preferencias y la participación en la toma de decisiones, hablamos también de la discapacidad psicosocial.

La prestación de asistencia personal está reconocida en la Ley 39/2006 como un derecho universal y subjetivo destinado a mejorar la calidad de vida de las personas con diversos grados de dependencia reconocida. Pero todavía, quince años después de su entrada en vigor, los perfiles de personas que pudieran beneficiarse de esta prestación son difusos y está poco definida en cuanto a su función y contenido, por lo que es una prestación secundaria e incluso "marginal" en el conjunto del sistema.

A nivel estatal las normas que regulan la asistencia personal son: la Ley 39/2006; el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006.

Pero, actualmente es llamativo cómo falta una delimitación regulada entre prestaciones, principalmente, entre la Ayuda a domicilio y la Asistencia personal. Y la consiguiente delimitación en la figura del "cuidador personal".

Otro de los problemas que se han observado, es el de las **incompatibilidades entre las prestaciones** de la ley. Como hemos mencionado en el apartado anterior, en la mayoría de los casos es incompatible recibir un servicio y ser beneficiario de una prestación económica (salvo en los supuestos de servicios de prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal y de teleasistencia). La consecuencia de dicha incompatibilidad es que la prestación económica se configura como algo subsidiario, es decir, en el caso de que no se pueda acceder a ningún servicio del catálogo, se podrá recibir una prestación. No obstante, en ningún momento se estudia si la persona de verdad puede necesitar una prestación económica además de un servicio. Un ejemplo podría ser la incompatibilidad entre el servicio de asistencia a domicilio y la prestación para cuidados en el entorno familiar, es decir, puede que los familiares soliciten dicho servicio pero que este no sea suficiente y

⁵ONU, C. d. (2016). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Ginebra, Asamblea General de las Naciones Unidas.

requiera también de los cuidados familiares adicionales a lo que no se puede hacer frente sin dicha prestación. Como este ejemplo existen un sin fin de posibilidades que lo único que hacen es limitar a la persona con discapacidad y perjudicar a su propia autonomía personal y a su libertad de elección.

Otro problema a analizar en cuanto a incompatibilidades es qué pasa si la persona con discapacidad tiene un trabajo y lo quiere compatibilizar con alguna prestación o servicio. No viene regulado en la ley ni se habla de ello en ningún momento.

5.3. Posibles soluciones

Para promocionar la autonomía y libertad de elección, una solución a estos problemas sería permitir **que cada persona pudiera elegir** si quiere un servicio o una prestación económica sin que tenga que prevalecer una sobre otra, ya que la propia persona conoce su situación y en que entorno se sentirá más cómoda, sobre todo en los casos en los que se solicite un internamiento en un entorno residencial ya que eso supone un gran cambio tanto en el día a día como en sus relaciones personales. También que se dé la oportunidad de que la persona **pueda elegir ambas**, tanto de servicio como económica. Para ello, se podría incorporar una modificación que permitiera conocer y evaluar la situación personal, económica y familiar de la persona con el fin de comprobar sus necesidades para optar a las prestaciones y decidir a qué tipo de prestaciones se puede optar y si cabe la concurrencia de estas. A día de hoy, la solicitud de prestaciones es realizada por la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia a gran escala.

La misma solución se aportaría para la concurrencia de un trabajo y la solicitud de cualquier prestación. Establecer unos criterios básicos para que las personas con discapacidad que trabajan puedan consultar para saber si al solicitar una prestación ésta será compatible con su trabajo.

Es necesaria una orientación de la reforma de la normativa sobre compatibilidad entre las pensiones de incapacidad permanente y el trabajo.

El Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, del pasado octubre de 2020 (recomendación núm. 18), puede ir en esta línea si tenemos en cuenta que mantiene que deben intensificarse las medidas dirigidas a la activación de las personas con discapacidad, favoreciendo su acceso al empleo. En particular, se propone introducir modificaciones en el régimen jurídico sobre la compatibilidad de la percepción de las pensiones de incapacidad permanente con la realización de un trabajo, evitando la litigiosidad existente en la actualidad en este ámbito.

En cuanto al enfoque asistencial de las prestaciones, sería importante hacer un cambio para centrarlas más en la vida independiente de la persona. Para ello, pueden **mantenerse los actuales servicios y prestaciones, pero se deben incluir otros**, pueden ser independientes o dentro de los ya existentes, que se enfoquen más en actividades de la vida diaria como excursiones en grupo, practicar ciertos deportes, fomentar la cultura, cursos y talleres, entre otras. Cabe mencionar que el asistente personal se

encarga de algunas de estas actividades, sin embargo, no es suficiente que solo una de las prestaciones (que encima es subsidiaria) sea la única que se encargue de todas ellas.

Finalmente, en cuanto a la falta de **asistencia a la salud mental**, existen varias opciones.

En primer lugar, **añadir alguna prestación de servicios o económica que supla dicha falta**. Por ejemplo, que se cuenten con equipos de psicólogos o psiquiatras, según la necesidad, en los centros residenciales o incluso en los centros de día. También crear una prestación económica para poder pagar un psicólogo privado ya sea a domicilio o en una consulta, ya que si se opta por la sanidad pública el tiempo de espera entre sesión y sesión será demasiado largo.

En segundo lugar, **crear cursos o talleres** impartidos por profesionales que ayuden a las personas con discapacidad a poder gestionar sus emociones, sentimientos o cualquier problema que les pueda surgir. También talleres ocupacionales o enfocados a la vida independiente que pueden tener.

Es necesario mencionar que cualquier medida existente o adicional que se adopte, cuente con publicidad de sus actuaciones como publicaciones en portales de **información** o en medios de comunicación para puedan ser fácilmente conocidas por los posibles interesados. También se debe garantizar **la accesibilidad** de la información, es decir, que sea adaptable a cualquier necesidad de las personas con discapacidad, por ejemplo: emplear el sistema Braille, formatos de audio, explicaciones eficaces de personal cualificado, entre otras. Una posibilidad sería crear un portal de información en el cual se especifique todas las oportunidades, tipos de prestaciones, actividades y resolución de posibles dudas que puedan existir al que puedan acceder todas las personas a través de internet. El objetivo es reunir en una sola plataforma todas las necesidades y cuestiones que pueda plantearse una persona con discapacidad. Lo más conveniente sería realizar uno por cada comunidad autónoma, por cada isla y para Ceuta y Melilla.

6. DISEÑO DE LA ASISTENCIA PERSONAL (ESPECIAL ATENCIÓN A LAS “ACTIVIDADES BÁSICAS DE LA VIDA DIARIA”)

La asistencia personal se presenta como la gran herramienta para hacer efectivo el derecho a la vida independiente de las personas con discapacidad. El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad recoge las 3 características que distinguen este instrumento de otro tipo de ayudas (párrafo 16 d de la Observación general 5 de 2017):

- **La cuantía de la financiación:** debe estar basada en criterios que tengan en cuenta las *“necesidades individuales y circunstancias vitales de cada persona”*.

En este caso, a la hora de cuantificar el importe total de la prestación, la fórmula es la siguiente: $CPE = IR + CM - CEB$. 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).

Es discutible si esta fórmula estandarizada cumple con los estándares de la Convención, si de verdad tiene en cuenta las *“necesidades individuales y circunstancias vitales de cada persona”*. Ello es así porque tiene en cuenta el *“IPREM”*, que es un índice estatal que es el mismo para todos los ciudadanos, y porque el otro indicador que podría ser *“más personal”*, el CEB, tampoco parece recoger la situación individual de la persona en su plenitud, limitándose exclusivamente a cuantificar la capacidad económica de esa persona.

- **El control y la autogestión del servicio:** debe ser la persona con discapacidad la que decida quién, cómo, dónde, cuándo y de qué manera se presta ese servicio.

En España, una vez se ha aprobado la prestación de asistencia personal en favor de una persona, existen 2 modalidades de acceso a la misma: El pago directo y el pago indirecto vinculado al servicio.

En el primero, la AP entrega directamente el importe al beneficiario, de manera que es este quien autogestiona su asistencia personal de manera individual. En el segundo, la AP transfiere el importe de la cuantía a la entidad que esta escoja para realizar el servicio.

En el segundo caso, no existen mecanismos para asegurar que estas entidades garanticen la autonomía de la persona a la hora de decidir cómo quiere que se ejecute el servicio, poniendo en peligro su capacidad de autogestionar esta prestación. Además, los inconvenientes que supone optar por el pago directo (que el trabajador esté dado de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social, entre otros requisitos) hacen que, en la práctica, el pago indirecto sea el más utilizado.

Por todo ello, aunque en el propio artículo 19 de la ley ni siquiera se trata este asunto, se aprecia que a la hora de ejecutar la prestación económica de asistencia personal, existen serios problemas para que sea la persona beneficiaria quien tenga el control y la decisión sobre cómo se va a prestar ese servicio, para poder tener en cuenta sus preferencias individuales a la hora de prestar el servicio. Una posible propuesta sería que, en lugar de no pronunciarse, la ley estableciera explícitamente que, en caso de otorgarse esa prestación, fuera a través del pago directo, eliminando la vía del pago indirecto vinculado al servicio. En este caso, la configuración de la asistencia personal sería mucho más acorde a la propia Convención.

- **El tipo de relación con el/la asistente,** alegando que esta debe ser de carácter personal, *“no siendo compartidos sin el consentimiento pleno y libre de cada una de las personas que se benefician del mismo”*.

En este caso, sí parece que la lógica de la ley de adecúe a la de la Convención, ya que no nos encontramos ante una relación “laboral”, sino por cuenta ajena (si la persona beneficiaria ha contratado sus servicios a través de una entidad); o por cuenta propia (si la contrata directamente). Esta naturaleza del contrato contribuye a que la relación entre el beneficiario y su asistente no haga emerger las mismas relaciones y cargas que hay entre un “empleador y un empleado”, creando un clima más personal, de mayor confianza y cercanía, mucho más adecuada al tipo de relación que pretende la Convención.

Tras haber contrastado las 3 notas características que la Convención pretende otorgar a la prestación económica de asistencia personal, **llegamos a la conclusión de que la actual redacción del artículo 19 de la ley simplemente esboza y establece la existencia de esta prestación, pero no entra a regular ninguna de estas características.** Una posible modificación contemplaría hacer mayor hincapié en las circunstancias personales de cada persona (quizás añadir la expresión “*necesidades individuales y circunstancias vitales de cada persona*”) que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorpora en su Observación general número 5 (2017). Además, podría incluirse la necesidad de conceder la prestación únicamente a través de la modalidad directa, dejándolo así redactado en la propia ley.

A ello se añade otra aclaración del Comité en el párrafo 17: *“El concepto de asistencia personal en que la persona con discapacidad no ejerce plenamente la libre determinación y el control de sí misma no se considerará conforme con el artículo 19”.*

En la Ley 39/2006, esta prestación se encuentra en el artículo 19, denominada “prestación económica de asistencia personal”. La configuración legal de esta prestación presenta dos grandes incoherencias en relación al concepto de asistencia personal que maneja la Convención:

- **Restricción del concepto de “actividades básicas de la vida diaria”:**

El artículo 19 de la ley destina la asistencia personal a que la persona con discapacidad disfrute de *“una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”.* Según el artículo 3 de la ley, estas actividades son *“las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas”.*

Esta definición de lo que son las “categorías básicas de la vida diaria” se convierte en fundamental, porque de ella va a depender el alcance de la prestación de la asistencia personal. En otras palabras, según lo que consideremos que es “básico”, las prestaciones para lograr ese nivel básico serán mayores o menores.

Existen tres categorías de actividades cuando hablamos de dependencia:

Actividades **básicas**, definidas como aquellas habilidades necesarias para llevar a cabo una vida independiente en casa (comer, vestirse, desnudarse, asearse, lavarse, ir al servicio, ducharse, bañarse y acostarse).

Actividades **instrumentales**: son actividades de mayor complejidad a la hora de tomar decisiones, e interactuar con el medio (tareas domésticas, de movilidad, de administración del hogar, cuidado de mascotas, manejo de temas financieros, ir de compras, uso de los sistemas de comunicación).

Actividades **avanzadas**: aquellas que posibilitan el desarrollo personal del sujeto dentro de la sociedad. Presentan una mayor complejidad, y no poder emprenderlas supone la no realización personal del individuo. Algunos ejemplos serían: la participación en la educación formal, la búsqueda de empleo, la realización de un voluntariado, la participación en juegos, acciones relacionadas con el ocio en el tiempo libre y la participación social en sus entornos cercanos, como su comunidad.

Desde **el modelo social y el enfoque de derechos humanos, el concepto de “actividades básicas de la vida diaria” debería abarcar los tres tipos de actividades**, porque sólo de esta manera se puede alcanzar el libre desarrollo de la personalidad del individuo, que es el objetivo último de este enfoque de derechos humanos. Por supuesto que una persona puede subsistir teniendo cubierto únicamente el primer grupo de actividades, pero este contraviene el modelo social, cuya propuesta es el de una vida plena, de desarrollo de la persona en su máxima autonomía, que no busca que esa persona tenga “una mera existencia”.

A modo de ejemplo, si una persona con discapacidad se siente plenamente realizada a través del teatro (ocio), de la ayuda en Cáritas (voluntariado) o participando en la comunidad de vecinos y no existe una prestación económica en la que otra persona pueda ayudarle a desarrollar esas actividades, esa persona podrá continuar su vida sin ellas, pero, evidentemente, sin alcanzar el nivel de desarrollo de la personalidad que el modelo social defiende.

Por lo tanto, esta definición de “actividades básicas de la vida diaria” que contempla el artículo 3 de nuestra ley es insuficiente, y va a repercutir en el diseño de las prestaciones, como ocurre en la “asistencia personal” del artículo 19.

El artículo 19 abarca únicamente las actividades del primer grupo, limitando explícitamente el objeto de esta prestación: *“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. No es tan importante lo que se dice sino lo que no se dice, ya que, al mencionar específicamente los ámbitos de la educación y el trabajo, deja fuera los ámbitos del ocio, la cultura...* Además, no podríamos deducir que la prestación abarca estos ámbitos en consonancia con la definición de “actividades básicas de la vida diaria” que se ha explicado anteriormente.

Por lo tanto, la principal consecuencia de esta concepción de las actividades básicas de la vida diaria es que la elaboración de la asistencia personal se circunscribe en exclusiva a esas escasas actividades que, como hemos dicho, no son suficientes para asegurar el desarrollo de la personalidad de la persona.

- **Carácter subsidiario de la prestación económica de asistencia personal:**

La Convención otorga un carácter fundamental a la asistencia personal como herramienta para hacer efectivo el derecho a la promoción de la autonomía personal y a la vida independiente que establece el artículo 19. Sin embargo, en nuestra ley, la prestación económica para asistencia personal tiene un carácter subsidiario, **lo que supone una clara incoherencia respecto al modelo que plantea la Convención.**

Existen 3 tipos de prestaciones económicas: una vinculada al servicio (artículo 17); otra para el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (artículo 18); y otra para asistencia personal (artículo 19).

La propia disposición de las prestaciones hace que la prestación económica de asistencia personal tenga un carácter subsidiario ya que:

1. En primer lugar, el artículo 14.2 establece que *“Los servicios del Catálogo del artículo 15 tendrán carácter prioritario”*.

2. En segundo lugar, el artículo 25bis, que expone el régimen de incompatibilidades, promulga que este tipo de prestación económica de asistencia personal es incompatible con el resto de prestaciones *“salvo con los servicios de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal y de teleasistencia”*.

De todo ello se deriva que, en la práctica, cualquier persona con discapacidad que pueda acceder al Servicio de Ayuda a Domicilio (artículo 23); al Servicio de Centro de Día y de Noche (artículo 24) o a un Servicio de Atención Residencial (artículo 25), lo que coloquialmente conocemos como “ir a una residencia”, no podrá acceder a la prestación de asistencia personal del artículo 19.

De esta configuración legal se extrae la siguiente idea clave: las Prestaciones y el Catálogo de Servicios que aparecen en el Capítulo II de la Ley 39/2006 incorporan prestaciones destinadas tanto a la atención a la dependencia como a la promoción de la autonomía de la voluntad, pero **concede prioridad a la primera y otorga un carácter subsidiario a la segunda. De este modo, al ocupar un papel secundario, pese a que esta ayuda “existe”, su función queda desvirtuada, ya que su acceso en la práctica es casi imposible.**

El propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad apuntaba, en su examen de 2019 de España, que la asistencia personal presentaba un carácter demasiado limitado, instando al país a aumentar el alcance de la misma.

7. ENFOQUE DE GÉNERO Y LEY DE DEPENDENCIA

Partiendo de la base de que el género es el conjunto de características psicológicas, sociales y culturales que se nos asignan en base al sexo y al contexto

histórico y social en el que nacemos. Las características de género son construidas social y culturalmente, por lo que son modificables, se van transformando con y en el tiempo y son diferentes en función de la cultura. La perspectiva o mirada de género es aquella que tiene en cuenta las diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres existentes en todos los aspectos de la realidad; las visibiliza del modo en que el género puede afectar la vida y las oportunidades de las personas para resolver sus problemas y dificultades o desarrollar sus proyectos y capacidades.

El enfoque de género y discapacidad interpreta que la discapacidad, entendida como social, se construye y afecta de un modo diferente a mujeres y hombres con discapacidad, según se conjugue con los roles y estereotipos de género.

En función de estos factores, o bien se dificulta a la persona un desarrollo equitativo e igualitario con respecto al resto (en el caso de las mujeres con discapacidad será con respecto a todos los hombres -con discapacidad o sin ella- y al resto de mujeres), o bien se le permite un desarrollo tan sólo parcial, o directamente al margen de la sociedad, segregadamente. De este enfoque se deriva que la discapacidad es el resultado de la estructuración o jerarquización de nuestra sociedad, que elabora un patrón único de lo que considera física, sensorial, cognitiva o mentalmente como hábil, válido, normal y estándar y que se ve atravesado por los roles y relaciones de poder de género, como podría ser el patriarcado.

Por ello, para dar contenido tanto experiencial como teórico y reivindicativo a este enfoque, desde el feminismo y los colectivos de mujeres con discapacidad se tejen los puentes necesarios para trabajar en torno a la especificidad de las mujeres y niñas con discapacidad y vencer los obstáculos, discriminaciones y desigualdades que pesan sobre ellas desde un enfoque ético- político. Las propuestas parten de no encasillarlas como víctimas pasivas de una sociedad sexista, en la que el modelo médico aún vigente está claramente concebido y articulado para responder en mayor medida a las necesidades y comportamientos de los hombres, y en la que las vías de agencia y empoderamiento de las mujeres con discapacidad se ven especialmente invisibilizadas e inhabilitadas por estructuras múltiples de discriminación.

A nivel práctico, los esfuerzos se centran en dar voz a las protagonistas para visibilizar estas múltiples discriminaciones y ofrecer datos que reflejen la realidad diferente de unas y otros, para poder actuar adecuadamente con políticas específicas.

La Ley 39/2006, sin embargo, no contempla la perspectiva de género en ninguna de sus dimensiones (con lo cual, vulnera y/o viola los derechos humanos más básicos de las mujeres; y, no preserva la conciliación laboral y familiar de las mujeres). Asimismo, ignora la verdadera realidad de las mujeres cuidadoras y de las mujeres con diversidad funcional, ya que, tanto por “ser cuidadoras” como por “ser cuidadas”, debieran ser las verdaderas protagonistas de esta Ley. Las mujeres con diversidad funcional, también son cuidadoras en muchas ocasiones.

Debería haber incluido la especificidad de las mujeres con diversidad funcional ya que, por un lado, son las principales personas que atender por parte de la ley en tanto en cuanto hay franjas de edad donde realmente existe un porcentaje significativo de mujeres, en contraposición a la cantidad de varones con diversidad funcional. Es

totalmente incorrecto hablar sólo “de las mujeres” para hacer referencia al modelo tradicional familiar. No nombra a las mujeres con diversidad funcional como, lo que también son en muchos casos, las mujeres “cuidadoras” (y, no “cuidadas”) ya que en ocasiones también pueden tener cargas familiares (padres, pareja, hijos/as) como el resto de las mujeres.

De la política pública española de atención a la dependencia se despliega bajo una concepción familiar, responsabilizando del cuidado a las mujeres. El Sistema público de dependencia enfatiza los roles tradicionales de género y contribuye a legitimar los patrones de desigualdad existentes. Es por ello que parece necesario la reformulación e implementación de este sistema, una propuesta teórica que pase por avanzar hacia un modelo público de provisión social que sea justo y equitativo en el ámbito de la igualdad de género.

8. DECISIÓN SOBRE LAS PRESTACIONES Y SERVICIOS. QUIÉN TOMA LA DECISIÓN (CAPACIDAD JURÍDICA Y APOYOS)

La regulación de la capacidad jurídica de las personas en situación de dependencia, es un elemento clave a la hora de posibilitar la libertad de elección.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha corroborado avances en la aplicación del artículo 19 durante la última década, pero asimismo observa una fisura entre los objetivos y el espíritu del artículo 19 y la magnitud de su aplicación. Por ejemplo, sigue persistiendo, la negación de la capacidad jurídica, ya sea mediante leyes y prácticas oficiales o de hecho por la sustitución en la adopción de decisiones relativas a los sistemas de vida. El artículo 19 se refiere explícitamente a todas las personas con discapacidad. Ni la privación total o parcial de cualquier “grado” de capacidad jurídica ni el nivel de soporte necesario pueden argumentarse para negar o limitar el derecho de las personas con discapacidad a la independencia y a vivir de forma independiente en la comunidad.

Los Estados suelen vislumbrar las instituciones como la única alternativa, principalmente cuando dichos servicios personales se consideran demasiado costosos o se piensa que la persona con discapacidad es incapaz de vivir fuera de un escenario institucional. Frecuentemente se considera que las personas con discapacidad intelectual, esencialmente aquellas con necesidades de comunicación complejas, entre otras cosas, no pueden vivir fuera de entornos institucionales. Esa reflexión va en contra del artículo 19, que hace extensible el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad a todas las personas con discapacidad, independientemente de su capacidad intelectual, nivel de autonomía o necesidad de apoyo.

Por otra parte, a las personas con discapacidad tal vez no se les permite escoger por sí mismos debido a la falta de información accesible sobre la variedad de opciones disponibles y/o a restricciones derivadas de las leyes de tutela y normas o decisiones jurídicas similares que les impiden ejercer su capacidad jurídica. Si bien no hay legislación vigente en la materia, otras personas, como familiares, cuidadores o autoridades locales, a veces ejercen el dominio y restringen las opciones personales actuando como sustitutos a la hora de adoptar decisiones.

La personalidad jurídica y la capacidad de obrar son las bases para que las personas con discapacidad logren vivir de forma independiente en la comunidad. Por lo tanto, el artículo 19 está coligado al reconocimiento y el ejercicio de la personalidad y la capacidad jurídicas establecidas en el artículo 12 y explicadas con mayor detalle en la observación general núm. 1 (2014) del Comité sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley. También, está relacionado con la absoluta prohibición de la privación de libertad por motivos de discapacidad, como se consagra en el artículo 14 y se detalla en las directrices respectivas.

Ahora hay que ver cómo se ha ido implementando todo lo mencionado anteriormente en España. La primera referencia expresa al término discapacidad en el Código civil se inicia con la Ley 41/2003, materializada en la redacción de los artículos 756, 822 y 10419 en su versión más próxima al Derecho administrativo, relacionada con el procedimiento para determinar el grado de discapacidad. Más tarde, la Ley 26/2015, de acuerdo con lo previsto en los artículos 172 bis y 173 C.c., hace alusión a la discapacidad, aunque en la esfera de la protección de los menores, en este caso, de los menores con discapacidad. Por último, la Ley 4/2017, en la redacción dada al párrafo segundo del artículo 56 C.c. es la que hace, nuevamente, referencia a las personas con discapacidad, sin embargo, esta mención a la discapacidad entronca con una corriente anterior al año 2003, tendente a otorgar desde el C.c. una especial protección a las personas que padecen una dolencia física, psíquica o sensorial, con independencia de su constatación por resolución administrativa o judicial, y sin que exista una sentencia que modifique la capacidad de obrar. De donde se deduce que la referencia al concepto discapacidad también puede representar distintas acepciones de consecuencias jurídicas, también, dispares entre sí.

La Ley 39/2006 otorga los derechos de elección y representación a la propia persona en situación de dependencia a no ser que, habiendo sido incapacitada judicialmente, haya de representarla su tutor. Consideramos que la reforma en este punto debe ser a lo expresado en el artículo 12 de la Convención. Es necesario abandonar el modelo de sustitución y utilizar el de apoyo. Sin duda, en este punto, la figura del asistente y su regulación, adquiere una importancia fundamental.

El artículo 12.2 señala: «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». En efecto, el artículo 12 de la Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio puede ser denominado como el paso del modelo de

«sustitución en la toma de decisiones» al modelo de «apoyo o asistencia en la toma de decisiones».

Mientras el sistema tradicional tiende a un modelo de «sustitución en la toma de decisiones», el modelo de derechos humanos basado en la igualdad y en la dignidad intrínsecas de las personas, en el que se basa la Convención, aboga por un modelo de «apoyo en la toma de decisiones».

Un primer paso hacia todo esto lo constituye 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. El principio básico de ésta norma supone un cambio de concepto por cuanto, hasta ahora nuestro sistema se fundamentaba en la sustitución en la toma de las decisiones que afectaban a las personas con discapacidad, y ahora se adopta una nueva concepción fundamentada en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones; de hecho, en el nuevo régimen de la discapacidad sólo en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, será cuando este podrá concretarse a través de la representación en la toma de decisiones.

En este sentido, resulta obligado adaptar la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas situación de dependencia al contenido de la ley 8/2021, de 2 de junio.

9. DERECHOS DE LAS PERSONAS EN LAS INSTITUCIONES Y PROTECCIÓN DE DATOS EN EL SISTEMA DE DEPENDENCIA

9.1. Significado de la cuestión

Nuestra ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia hace una escasa mención a los derechos de las personas institucionalizadas. En concreto, solo se estipula que las personas dependientes tendrán el derecho de decidir libremente si quieren ser ingresadas en un centro residencial (art.4.2 g) pero en ningún momento de los derechos que gozarán una vez internados. La cuestión será ver cómo afecta la institucionalización de las personas a esos derechos.

La otra cuestión por tratar es la protección de datos tanto en las instituciones como en los demás ámbitos del sistema de dependencia, como puede ser a la hora de solicitar una prestación o a la hora de reconocerse el grado de dependencia.

La protección de datos, además de estar recogida en la CDPD, la incluye la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia como un derecho de la persona (art 4.2 d).

9.2. Problemas de la Ley

El principal problema es que no se regulan las situaciones y derechos de las personas institucionalizadas más allá de un precepto básico de la ley en el que dice que deberá ser voluntario, cabe resaltar, que solo nos enfocaremos en el internamiento voluntario y no en el involuntario. El problema es lo que suceden en el interior, desde que la persona decide acudir al centro.

Como ya hemos visto, la CDPD, se rige por un modelo social de discapacidad y no permite que las limitaciones individuales sean un problema de discapacidad, sino que lo serán las limitaciones que impone la sociedad.

Por todo ello, es necesaria la regulación de los derechos de las personas institucionalizadas para no caer en limitaciones individuales que puedan afectar a la libertad de la persona y a su inclusión en la sociedad.

Primero, se necesitará definir qué derechos existen, cómo adaptarlos a una vida dentro de un centro y la capacidad de libre decisión de la persona sobre estos.

Podemos centrarnos en los derechos contenidos en la CDPD y en la Ley General de Discapacidad en los que se encuentran derechos como la salud, la educación, la privacidad, el trabajo entre otros.

Por otro lado, en cuanto a la protección de datos es necesario profundizar qué pasa con los datos personales en el ámbito de la institucionalización. Se debe recalcar qué datos se pueden pedir (situación económica, respecto a la enfermedad o discapacidad, diagnósticos, entre otros), cómo van a ser tratados dichos datos y la exigencia de confidencialidad por parte de todos los trabajadores del centro.

Al igual que los datos a la hora del internamiento, también es necesario controlar los datos aportados cuando se va a solicitar una prestación o cuando se realice el reconocimiento del grado de dependencia y cómo van a ser tratados.

Como no vienen regulados específicamente en la ley de protección de datos será necesario que la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia haga una especial mención a estos ya que se debe garantizar la protección de datos de las personas dependientes.

9.3. Posibles soluciones

Una primera solución sería añadir un artículo a la ley en el cual se describiesen uno a uno los derechos afectados, sus limitaciones y cualquier aspecto que se considere

relevante. Al igual que en ese mismo artículo se deberá garantizar que todas las personas que quieran solicitar la institucionalización conozcan lo que están solicitando. Para ello, los centros les aportarán la información necesaria y de una forma de que la puedan comprender completamente. Un ejemplo de los derechos que podrían ser incluidos son los siguientes:

-derechos de libertad sexual: si podrá realizar prácticas sexuales

-derecho al trabajo: si puede compatibilizar su internamiento con un trabajo

-derecho a educación: si dentro del centro podrá formarse en algún área específica o finalizar sus estudios obligatorios si se desea

-derecho a la privacidad: en cuanto a su espacio personal, como es la habitación que se garantice que va a disfrutar sin que se le pueda molestar.

-derecho a la salud: que se le garantice un equipo sanitario para la rehabilitación, para cualquier cuidado especial y para su salud mental.

-derechos que afecten a la libertad de las personas: entrar o salir del centro, relacionarse con los demás, actividades físicas, actividades culturales...

También se tiene que garantizar que no se le discriminará por su enfermedad o condición y que se el ambiente será de respeto y comprensión tanto por parte de los trabajadores como por el resto de internados.

Para poder hacernos una mejor idea, podemos poner como ejemplo los catálogos de derechos de las residencias de ancianos tanto públicas como privadas.

Un ejemplo real de una residencia privada es el siguiente:

- A acceder al mismo y recibir asistencia sin discriminación por razón de sexo, raza, religión, ideología o cualquier otra circunstancia o condición de carácter personal o social.
- A un trato digno por parte del personal del centro y del resto de los usuarios del mismo.
- Al secreto profesional de los datos de su historia socio-sanitaria.
- A mantener relaciones interpersonales, incluido el derecho a recibir visitas.
- A una atención individualizada acorde con sus necesidades específicas.
- A la máxima intimidad en función de las condiciones estructurales del Centro.
- A que se les facilite el acceso a la Atención Social, Sanitaria, Educativa, Cultural y en general, de todas las necesidades personales imprescindibles para conseguir un adecuado desarrollo psico-físico.
- A participar en las actividades del Centro y colaborar en el desarrollo de las mismas.

Por otro lado, en las residencias públicas, los derechos de los internos no se suelen especificar tanto y en muchas de ellas, ni si quiera se mencionan.

Existe una gran diferencia entre las públicas y privadas ya que en las privadas suelen hacer una explicación exhaustiva de los derechos y en las públicas en algunos casos ni se mencionan, por lo tanto, se observa una gran desigualdad entre lo público y lo privado que no debería plantearse a la hora de hablar de derechos ya que estos se deben garantizar a todas las personas con discapacidad y, en ningún caso, podrán ser obviados.

Siguiendo con el ejemplo de las residencias de ancianos, **se podría aplicar el mismo formato de catálogos de derechos, pero para todo tipo de centros a los que pueda acceder una persona con discapacidad**, con la diferencia de que el catálogo de derechos sea único para todos los centros (tanto públicos o privados) con el fin de que no existan desigualdades ente lo público y lo privado. Se garantizarán en ese catalogo derechos como los mencionados anteriormente y se dejará la posibilidad de que, potestativamente, los centros puedan añadir otros tipos de derechos si lo ven necesario.

Con relación a la **protección de datos**, los datos que se han de aportar a la hora de ser internado deberán ser solo los necesarios para poder realizar los tratamientos físicos o psicológicos que realizan los médicos y también los necesarios para conocer a la persona y poder darle el trato que se merece. No obstante, como siguen siendo dando datos personales, se podría hacer que todos los trabajadores del centro firmen un documento de confidencialidad para que no puedan dar/ hablar de esos datos con ninguna persona si no es por motivos del trabajo. Así sería una forma de poder proteger los datos personales de las personas institucionalizadas

Se ha perdido una gran oportunidad de regulación con la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Las únicas referencias que no aportan nada nuevo, están en los artículos 3 y 20.

10. IGUALDAD EN EL ÁMBITO DEL ESTADO

Partiendo del análisis el marco constitucional, si bien ya se ha citado artículo 49.2, nos encontramos también con el artículo 149.1. 1º, el cual se refiere a la competencia exclusiva del estado sobre La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales,

No obstante, la atribución de competencias exclusivas no quiere decir que estas impidan la actuación de las diferentes Administraciones Públicas implicadas (es decir, no son “excluyentes”). Se trata por tanto de un Estado Social Autonómico, dándose una superación del proceso constituyente tradicional con esquema de “monopolio competencial”. A día de hoy se define por tanto más como autonómica la forma de

resolver los problemas planteados a la Política y al Derecho de la protección social pública.

Con referencia a la igualdad en el ámbito del estado, el problema que se procederá a analizar es el del desarrollo del título competencias definido por nuestra constitución en su artículo 148.1. 20º, referente a la “asistencia social”:

No obstante, ocurre un problema en esta instancia, y es que la Constitución no incluye la definición de “asistencia social”. Por lo tanto, para ello es necesario referirse a lo establecido por la jurisprudencia. A este respecto, la jurisprudencia constitucional contempló este asunto, cuando se incluyeron las prestaciones no contributivas en el sistema de la Seguridad Social.

La protección social de los individuos es algo complejo de repartir, y por tanto de establecer competencialmente garantizando una protección integral. El Tribunal Constitucional defiende que la competencia autonómica para la concesión de medidas de asistencia social puede darse cuando concurren dos notas:

- excepcionalidad
- no incidencia en el sistema de SS

Ambas fueron matizadas en las STC 239/2002, de 11 de diciembre. Dicha sentencia vino a consagrar el artículo 41 CE, por un lado, como un sistema de protección social “encomendado a los poderes públicos cuyo eje fundamental, aunque no único, es el sistema de Seguridad Social de carácter imperativo, el cual **coexiste** con otros complementarios.” Por otro lado, dicho artículo consiste un llamamiento a los poderes públicos a paliar las situaciones de necesidad, siempre **dentro del ámbito de sus competencias**.

Asimismo, dicha sentencia vino a establecer la ampliación de las contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social, esta vez haciendo referencia a las prestaciones no contributivas, diciendo que esta “no implica la exclusión de la posibilidad de que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de ayudas complementarias para atender necesidades no cubiertas por dicho sistema”.

Finalmente, también estableció que el artículo 148.1. 2º de la CE reconoce a las CCAAs la competencia para otorgar ese tipo de ayudas a colectivos que, si bien pueden ya venir percibiendo prestaciones asistenciales o no contributivas de la SS, acrediten dicha situación de necesidad, “siempre que con dicho otorgamiento no se modifique ni perturbe el sistema de Seguridad Social ni su régimen económico”.

Diferenció también el Constitucional a este respecto que la protección brindada por el sistema de SS y las ayudas asistenciales externas a dicho sistema radican en **la estabilidad, la cual sólo está presente en las prestaciones otorgadas por el sistema de SS**. A efectos ejemplificativos citaba los “salarios mínimos de inserción” o “rentas mínimas”, establecidos por las CCAAs según las competencias otorgadas por el art. 148.1.20 CE. “Su compatibilidad con cualquier otro tipo de ingreso, incluidas las pensiones, siempre que a través de los mismos no se alcance el tope mínimo regulado en cada caso. De este modo, estas ayudas pueden ser recibidas como ayudas de

«asistencia social», no incluidas en el Sistema de la Seguridad Social, por personas que efectivamente perciban pensiones propias de este Sistema” (STC 239/2002).⁶

Por lo tanto, y como conclusión, parece que el problema de inequidad prestacional en el ámbito del Estado con respecto a las prestaciones para este tipo de colectivos es mayor del que parece, si cabe. Siempre que sigamos dentro del contexto del citado “Estado Social Autonómico”, no parece que sea viable una ley estatal que regule dichas prestaciones. ¿O sí? Quizás sería necesario una especie de “Pacto por la Igualdad” en el ámbito de las personas en situación de dependencia o discapacidad, siempre que llevase aparejado un plan para su realización efectiva.

⁶“Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales” (Moreno Pérez, Universidad de Granada). pg. 295-328.