

Alejandro Rodríguez-Picavea¹

Javier Romañach Cabrero

El futuro de la autonomía personal

Análisis de la Ley de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas en Situación de Dependencia del Estado español bajo la perspectiva de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (diversidad funcional)²

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2.1. LA CONVENCIÓN Y EL MODELO SOCIAL. 2.2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES, REPERCUSIÓN E INTERPRETACIÓN. 2.3. DIFERENTES NIVELES LEGISLATIVOS. 2.4. DIVERSIDAD FUNCIONAL (DISCAPACIDAD) Y DEPENDENCIA. 3. ANÁLISIS COMPARATIVO. 3.1. CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 3.2. ANÁLISIS DE PRINCIPIOS. 3.3. OBJETIVOS DE AMBOS TEXTOS LEGISLATIVOS. 3.4. IMAGEN TRANSMITIDA DE LA REALIDAD HUMANA DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. 3.5. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y NO DISCRIMINACIÓN. 3.6. LA VIDA INDEPENDIENTE Y EN LA COMUNIDAD. 3.6.1. *Ocio*. 3.6.2. *Educación*. 3.6.3. *Trabajo*. 3.7. LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL EN TODOS LOS ASUNTOS QUE LES AFECTAN. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Foro de Vida Independiente.

² Para una justificación del cambio de terminología de “discapacidad” a “diversidad funcional” véase ROMAÑACH CABRERO, J. y PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo de la diversidad: La Bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas AIES, 2006, pp. 102-117.

1. INTRODUCCIÓN (ALEJANDRO)

El presente artículo pretende hacer un análisis de la situación actual en que se encuentra la promoción de la autonomía en las personas con diversidad funcional, dentro o al amparo del régimen jurídico español, y el impacto que va a tener la recientemente aprobada Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU³ (en adelante la Convención) en el futuro de esta autonomía.

El futuro social y jurídico de las personas con diversidad funcional está vinculado con la Convención y su influencia en todo el ordenamiento jurídico español actual; por ello se hace imprescindible una primera aproximación a la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y la dependencia (LEPA)⁴ desde la óptica de la Convención.

La LEPA pasa por ser la más reciente y novedosa Ley social de ámbito estatal para las personas con diversidad funcional que viven en situación de dependencia, de tal forma que, por primera vez, se reconoce como un derecho subjetivo el acceso a una serie de servicios y prestaciones que la Ley ofrece.

En contraste la aprobación de la Convención por las Naciones Unidas y su entrada en vigor, suponen un paso más avanzado en el ámbito de los derechos de las personas con diversidad funcional y marcan el futuro de este colectivo dentro de un nuevo marco social e ideológico; este cambio supone dejar a un lado el modelo rehabilitador⁵ de las personas con diversidad funcional, que sigue presente actualmente de forma generalizada en nuestra sociedad.

La Convención aporta un enfoque desde el modelo social o de vida independiente de la diversidad funcional, y huye del modelo rehabilitador predominante en nuestra sociedad⁶. Este cambio de enfoque es el que debe determinar los análisis de la teleología de la Convención y es el punto de partida de este análisis⁷.

³ INSTRUMENTO de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE n. 96 de 21/4/2008.

⁴ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE n. 299 de 15/12/2006.

⁵ Para profundizar en el modelo rehabilitador de la diversidad funcional, véase PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, n.º 36, Grupo editorial CINCA, Madrid, 2008, pp. 66-102.

⁶ Para un análisis en profundidad sobre el modelo social o de vida independiente, véase PALACIOS, A.: *El modelo social de la discapacidad...*, *op. cit.*, pp. 103-153.

⁷ A pesar de que ambos autores se apoyan habitualmente en el *Modelo de la diversidad*, una evolución más avanzada del modelo social, cuya descripción se puede encontrar en ROMAÑACH

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de realizar el análisis entre ambos textos, conviene tener en cuenta una serie de consideraciones previas, que garanticen la pertinencia del análisis. Cuestiones como el sustrato ideológico de la Convención, la interpretación de los tratados internacionales y la relación entre la diversidad funcional (discapacidad) y la dependencia, deben ser analizadas para clarificar los presupuestos de los autores a la hora de abordar la comparación entre ambos textos.

2.1. LA CONVENCIÓN Y EL MODELO SOCIAL

Tal como establece Agustina Palacios, los principios y valores que propone el modelo social están fuertemente conectados con los principios y valores del sistema de Derechos Humanos⁸. Así, la dignidad y la igualdad son principios del modelo social y también principios que se establecen ya en el mismo artículo 1 de la Declaración Universal de los derechos humanos⁹:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Además, el sustrato ideológico de la Convención parte de lo que se conoce como modelo social de la diversidad funcional. Desde los primeros debates que tuvieron lugar en el proceso de elaboración de la Convención, las organizaciones no gubernamentales que participaron en el proceso expresaron con claridad su intención: “de que este instrumento reflejara el modelo social de discapacidad”¹⁰

De nuevo Agustina PALACIOS nos clarifica en su libro y tras un análisis exhaustivo del proceso de gestación de la Convención que¹¹:

“La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es la última manifestación a escala mundial de dicho fenómeno que

CABRERO, J. y PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo de la diversidad*, *op.cit.*, del que se mantendrá el cambio terminológico.

⁸ PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes...* *op. cit.* pp. 194-202.

⁹ Declaración Universal de los derechos humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

¹⁰ PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...*, *op.cit.*, p. 314.

¹¹ PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...*, *op. cit.*, p. 475.

desde hacía unos años venía situando a la discapacidad en el ámbito de los derechos humanos. Este instrumento se encuentra inspirado en una filosofía claramente definida hacia el modelo social, que puede observarse en la inmensa mayoría de sus artículos.”

Es por lo tanto éste el modelo el que debe ser utilizado como punto de partida filosófico a la hora de interpretar la Convención, su articulado y sus relaciones con otros textos.

2.2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES, REPERCUSIÓN E INTERPRETACIÓN

La Constitución Española, en el artículo 96.1, en su párrafo final sobre los tratados internacionales estipula: “Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”, y el artículo 10.2 indica: “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”.

La ratificación de España de los acuerdos y tratados internacionales tiene como consecuencia su incorporación al sistema legal español, pues, como el Tribunal Supremo había señalado antes de la constitución de 1978: “los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente pactado, llámese tratado, protocolo o de otro modo, tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes del Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado”. Y después de promulgada la Constitución, el Tribunal Supremo ha mantenido su jurisprudencia sobre la integración de los Tratados internacionales, de los que España es parte en el orden interno y su superior jerarquía¹².

“Significa que los tratados internacionales sobre derechos humanos celebrados por España suministran criterios de interpretación de la propia Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico español, que han de ser tenidos en cuenta por todas las instituciones del estado y, en especial, por los órganos administrativos y judiciales.”¹³

Y como sugiere la doctora Araceli MANGAS MARTÍN, Catedrática de derecho internacional público de la Universidad de Salamanca:

¹² DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2005, 15.ª Edición, p. 240.

¹³ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 241.

“Todo Estado, independientemente de los preceptos de su ordenamiento interno, como miembro de la Comunidad Internacional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales aceptando la superior jerarquía del Derecho Internacional. [...] Si un estado dejará de aplicar un tratado aplicando disposiciones contrarias de una ley interna comete un hecho ilícito internacional e incurriría en responsabilidad internacional ante la otra u otras Partes del Tratados”¹⁴.

La Convención de Viena de sobre el Derecho de los Tratados 1969¹⁵ es la referencia para la interpretación de los Tratados Internacionales; y la que elaboró la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986.

Siguiendo a DIEZ DE VELASCO, según los distintos actores podemos distinguir varias formas de interpretación de los Tratados: a) Por el órgano o personas que la realizan, b) Por el método empleado y c) Por los resultados.

Por el método empleado puede ser: *literal o gramatical*, si lo que se intenta es determinar el sentido haciendo un simple análisis de las palabras; *teleológica*, si se atiende a los fines perseguidos por las normas del Tratado; *histórica*, si se tiene en cuenta el momento histórico en que el Tratado se celebró y el significado que los términos tenían en aquel momento, y *sistemática*, si se tiene en cuenta no sólo la norma a interpretar sino todas las demás que están ligadas a ella¹⁶.

Y es desde la interpretación teleológica, que el presente artículo analiza la Convención y su repercusión en el texto de la LEPA, contrastándolo con lo estipulado en la Convención, que como ya se ha dicho anteriormente, está basada en el modelo social de la diversidad funcional.

2.3. DIFERENTES NIVELES LEGISLATIVOS

La LEPA no es, ni debe ser, una transposición directa de la Convención. De hecho, mucho de lo establecido por la Convención ya forma parte del sistema legislativo español, a raíz de la aprobación de la Ley

¹⁴ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones...*, op. cit., p. 238.

¹⁵ La Conferencia auspiciada por las N.U. y reunida en Viena en dos períodos de sesiones (1968 y 1969) elaboró una Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados (U.N. Doc. A/Conf. 39/27) firmada el 23 de mayo de 1969, a la que España se adquirió por instrumento de 2 de mayo de 1972 (BOE n. 142 de 13/6/1980) y que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

¹⁶ *Ibidem*.

51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal (LIONDAU), el día 2 de diciembre de 2003. Esta Ley y sus desarrollos reglamentarios cubren una parte de lo estipulado por la Convención.

La LEPA debería ser, por lo tanto, un instrumento jurídico, político y social más, que sirviera para desarrollar de manera efectiva lo establecido en la Convención y en la LIONDAU.

Para ello, no obstante, la LEPA debería haber partido de los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación, presentes en la Convención y en la LIONDAU, tal como expresó reiteradamente el Foro de Vida Independiente¹⁷.

No obstante, y tal como se expresa en ese mismo documento, éste no fue el enfoque elegido por la LEPA, y su única mención a la LIONDAU aparece en la Disposición Adicional decimoquinta, a la hora de hablar de accesibilidad y supresión de barreras.

La LEPA partió de un trasnochado enfoque paternalista y asistencialista, que queda obsoleto tras la incorporación de la Convención al sistema legislativo español.

El propio Foro de Vida Independiente exponía en marzo 2006 que¹⁸:

“Tal como se estipula en el artículo 5 de la (LIONDAU), esta ley debería ser una medida para erradicar la histórica discriminación que siempre hemos sufrido las personas con diversidad funcional en situación de dependencia aportando las herramientas (sociales, económicas y tecnológicas) necesarias para colocarnos en igualdad de oportunidades con el resto de la ciudadanía.”

Nos encontramos pues con textos de diferente nivel jurídico y los autores consideran¹⁹ que la LEPA debería haber sido un desarrollo de determinados aspectos de la Convención, para lo que debería ser plenamente coincidente en principios, y coherente con dichos principios en el desarrollo de su articulado.

Este análisis pretende detectar si existe esa coincidencia y coherencia o si existen errores de enfoque.

¹⁷ Véase la enmienda conceptual a la LEPA del documento “Igualdad de oportunidades y no discriminación” de agosto de 2006 del Foro de Vida Independiente.

¹⁸ Foro de Vida Independiente. Consideración 3 del documento “La postura del Foro de Vida Independiente ante el Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: 24 consideraciones y 42 propuestas para el avance real en derechos sociales.”

¹⁹ Como miembros del Foro de Vida Independiente.

2.4. DIVERSIDAD FUNCIONAL (DISCAPACIDAD) Y DEPENDENCIA

La Convención, tal como establece su nombre, se aplica en el ámbito de la discapacidad (diversidad funcional) y en su texto no hay ninguna referencia explícita a las situaciones de dependencia, que son las que cubre la LEPA.

La definición de discapacidad (diversidad funcional) de la Convención es²⁰:

“Artículo 1. Propósito.

El propósito de la presente 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, y promover el respeto de su dignidad inherente.

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.*”

Intentar relacionar la diversidad funcional y las situaciones de dependencia no resulta sencillo, especialmente si se parte del modelo médico-rehabilitador, tal como lo hace la LEPA, que en su artículo 2.2 Definiciones estipula:

1. Dependencia: 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.

Esta definición, que traslada el problema a la situación de la persona, es un claro alineamiento con el modelo rehabilitador de la diversidad funcional, un modelo que no es el elegido por la Convención y no garantiza el respeto a los Derechos Humanos.

Es por ello que resulta imprescindible redefinir la dependencia desde la óptica de los derechos humanos, tal como ha sido propuesto por algunos autores, que viven en situación de dependencia, y que definen la dependencia como²¹:

²⁰ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas.

²¹ ROMAÑACH CABRERO, J. y CENTENO ORTIZ, A.: *Fundamentos bioéticos para la “inDependencia”*. Comunicación presentada en el VIII Congreso Nacional de Bioética. Asociación de Bioética Fundamental y Clínica. Oviedo, 18-20 de octubre de 2007, p. 9.

“*La falta de respeto a la dignidad y a los derechos humanos de las personas, debida a la discriminación y/o falta de igualdad de oportunidades para ejercer toda su autonomía moral y física*”

Ante este cambio de la definición de la dependencia, basada en derechos humanos, cambia la óptica del análisis a realizar de las situaciones de dependencia²²:

“...si consideramos las situaciones de dependencia como una cuestión de Derechos Humanos, lo que resulta realmente relevante es la realidad humana, una situación en la que se precisan apoyos para ejercer la plena autonomía moral y física de las personas y garantizar su plena dignidad. El origen, no es por tanto, relevante, sino la situación actual de cada persona y las herramientas que se necesitan para que pueda llevar una vida en igualdad de condiciones y con dignidad.”

Bajo este prisma, se difuminan las aparentes diferencias entre la dependencia y la diversidad funcional y se ve que ambas precisan de la misma aproximación en los apoyos²³:

“... la aproximación, principios y las medidas de apoyo a la inDependencia de las personas con diversidad funcional es prácticamente válida para todas las situaciones de dependencia.”

De esta manera, se puede observar como la Convención es una herramienta de plena aplicación para las situaciones de dependencia y, por lo tanto, es pertinente su análisis comparativo con la LEPA.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO

Teniendo en cuenta lo establecido anteriormente, procede ahora comparar ambos textos. Para hacer esta comparación, el análisis se centrará en los aspectos que los autores consideran más relevantes de ambos textos, como son sus objetivos, la nueva consideración de la diversidad funcional (y las situaciones de dependencia) como una cuestión de derechos, la obligación de difundir esta nueva consideración, la igualdad de oportunidades, la ausencia de discriminación, la plena participación en la comunidad y la participación de las personas en todos los aspectos que afectan a sus vidas.

²² ROMAÑACH CABRERO, J. y CENTENO ORTIZ, A.: *Fundamentos bioéticos ...*, op., cit., p. 11.

²³ ROMAÑACH CABRERO, J. y CENTENO ORTIZ, A.: *Fundamentos bioéticos ...*, op., cit., p. 12.

3.1. CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Al ser la LEPA un texto legal anterior a la entrada en vigor de la Convención, cabe preguntarse si debería haberse alineado con su contenido, toda vez que éste no había sido aprobado todavía.

De una primera lectura se descubre que la LEPA, en su artículo 4.2.a establece que las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial:

“a) A *disfrutar de los derechos humanos* y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad”

De lo que se deduce la intención del legislador de tener en cuenta el sistema de derechos humanos y en especial de la Convención.

Cabe resaltar que en el proceso de elaboración de la Ley ya era conocido el modelo social y se sabía la influencia que éste tenía en la Convención, de la que se barajaban borradores, que a su vez procedía de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad²⁴, que reflejaban ya muchos de los aspectos que finalmente se incorporaron a la Convención, y que el texto del articulado de la LEPA debería haber incorporado.

El Foro de Vida Independiente defendió con fuerza ante las instancias políticas y administrativas pertinentes que el texto de la LEPA se alineara con esas normas, con lo expuesto en la Convención, y con lo expresado en ese artículo de la LEPA.

No obstante, y tal como se verá a lo largo de este análisis, muchos de los conceptos y artículos de este texto legal no sólo no se alinean con lo establecido en la Convención, sino que además algunos la contradicen en determinados aspectos.

3.2. ANÁLISIS DE PRINCIPIOS

Los principios de la LEPA y la Convención tienen, en ambos casos, un artículo específico; así quedan reflejados dentro de la LEPA en el *Artículo 3. Principios de la Ley* y en la Convención en el también *Artículo 3. Principios Generales*.

Se pasa a continuación a resaltar el contenido del artículo en la Convención para posteriormente poder analizar los principios de la LEPA desde el espíritu de la Convención.

²⁴ Naciones Unidas, 1993.

Los Principios Generales del Artículo 3 de la Convención son:

“Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.”

Como se puede observar, los principios de la Convención, tal como se ha mencionado anteriormente, se inspiran en los derechos humanos, la igualdad de oportunidades y la vida independiente²⁵, en línea con el modelo social de la diversidad funcional.

A continuación se realiza un análisis de los puntos del artículo 3 de la LEPA, uno por uno, en relación a los principios de la Convención.

“Artículo 3. Principios de la Ley.

Esta Ley se inspira en los siguientes principios:

- a) El carácter público de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.”

Si bien este principio no se menciona en el artículo de la Convención, sí viene reflejado en su Artículo 4.2²⁶ (Obligaciones). Por lo que se pueden considerar alienadas en este aspecto.

Lo mismo ocurre con el principio b):

- “b) La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley.”

En este principio aparecen también la igualdad y la no discriminación, pero véase que sólo como condición, no como verdadero principio inspirador.

²⁵ Entendiendo por vida independiente la toma de decisiones, el poder de elección sobre cómo vivir y la autogestión de la vida.

²⁶ Convención 4.2. “Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.”

El principio c):

“c) La atención a las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada.”

No puede ser valorado como un principio, sino una pretensión de manera de hacer las cosas, que se da por supuesta en la Convención.

De igual manera, el principio d) de la LEPA:

“d) La transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia.”

no puede ser valorado plenamente como principio, pero sí tiene reflejo en la Convención dentro del Artículo 4. 1. c.²⁷ (Obligaciones generales).

Obsérvese por tanto que, lo que en la LEPA se considera un principio, en la Convención, en tres ocasiones, es considerado una obligación de los Estados firmantes.

En lo que respecta al principio e)

“e) La valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real.”

Podría entenderse que este principio pretende dar cobertura al principio 3.e. de la Convención “igualdad de oportunidades”, pero en ese caso no basta con aplicar la equidad a la hora de valorar sino que, además, hace falta proporcionar las herramientas adecuadas. Y en las herramientas que se proporcionan en la LEPA no se da el principio de equidad, ya que en el artículo 33.1 se establece la participación del usuario en la financiación de las prestaciones en función de ingresos, hecho que responsabiliza a la persona por su situación de dependencia y la pone en desigualdad de oportunidades, y no se atiene a lo establecido en el artículo 31.2 de la Constitución Española:

“2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.”

Al igual que el anterior, el principio f):

“f) La personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades.”

²⁷ Convención 4.1.c) “Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad”

No se puede entender propiamente como un principio, pero puede relacionarse con el principio de la Convención 3.e. de “igualdad de oportunidades”. No obstante, de nuevo, no basta con personalizar la atención, sino las prestaciones y servicios, para adecuarse a las necesidades de apoyo de cada persona, de manera que pueda acceder a la verdadera igualdad de oportunidades.

El principio g) indica:

“g) El establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental.”

La prevención no es un principio en la Convención y sólo es mencionada en el Artículo 25. d. (Salud), pero éste se refiere a la atención específica de los servicios de salud que necesite cada persona como consecuencia de su diversidad funcional y a la prevención de nuevas discapacidades, no a prevención de la diversidad funcional.

Obsérvese en este principio la clara reminiscencia del modelo médico-rehabilitador que entiende que la diversidad funcional y la dependencia son realidades humanas a prevenir, curar y erradicar, en lugar de considerarlas una cuestión de derechos y dignidad, que es lo que preconiza la Convención. ¿Sería admisible la prevención de otras realidades humanas que sufren discriminación como la diversidad racial, de género, religiosa, cultural o de orientación sexual?

La rehabilitación no es tampoco un principio en la Convención, y se incluye este tipo de servicio como derecho en el Artículo 26. (Habilitación y rehabilitación). Esta diferencia de nivel de desarrollo conceptual (principio *versus* derecho), es clave para la evolución del modelo médico-rehabilitador al modelo social de la diversidad funcional. En el modelo médico, la cura y la rehabilitación son principios y objetivos determinantes; en el modelo social son parte de un derecho más, el derecho a la salud, que es uno entre otros muchos derechos que no están plenamente garantizados *de facto* para las personas que viven en situación de dependencia.

En lo que respecta al estímulo mental y social, cabría instar al legislador a clarificar a qué se refiere el mencionado “principio”.

El principio h) indica:

“h) La promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible.”

En la Convención, el “respeto a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”

es parte del Artículo 3.a. y quizá quisiera ser cubierto por este principio, pero, en ese caso, deberá ser reformulado, ya que no aclara si se refiere a la autonomía moral, la física o a ambas²⁸. Además, la “promoción” de las condiciones es una intención claramente insuficiente para obtener ese respeto.

El principio i) de la LEPA establece:

“i) La permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida.”

Este concepto tampoco se contempla como un principio en la Convención, aunque podría relacionarse con su principio 3.a, que hace referencia al derecho de elección y la independencia de las personas. También se puede observar cierta similitud con el Artículo 19 de la Convención (Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad); sin embargo, en el caso de la LEPA se introduce la restricción “siempre que sea posible”, que abre una puerta peligrosa a la institucionalización, clara herencia del modelo médico.

El principio j) enumera tres principios:

“j) La calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia.”

La calidad y la sostenibilidad no son principios de la Convención, aunque sí lo es la accesibilidad, como refleja el Artículo 3.f.; no obstante, la Convención habla de un principio general y la LEPA lo restringe a “los servicios de atención”.

El principio k):

“k) La participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen en los términos previstos en esta Ley.”

La participación tampoco es un principio de la Convención, que sin embargo la contempla como un derecho que queda reflejado en el Artículo 29. (Participación en la vida política y pública), en sus apartados b.i y ii.²⁹

²⁸ Confusión característica del modelo médico-rehabilitador que ya ha sido clarificada por ROMAÑACH CABRERO, J.: *Bioética al otro lado del espejo: la visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos*. Trabajo de investigación presentado al concurso de bioética 2008 de la Fundación Grifols, pp. 225-230.

²⁹ Convención 29. b) “Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin

En lo que respecta al principio l):

“l) La colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que se establecen en la presente Ley y en las correspondientes normas de las Comunidades Autónomas y las aplicables a las Entidades Locales.”

La colaboración socio-sanitaria no es principio de de la Convención, y este concepto se articula en la Convención en dos artículos, uno sobre protección social (Artículo 28) y otro de derecho a la salud (Artículo 25), pero de manera separada, de acuerdo con el cambio de paradigma de la Convención, que entiende la salud como un derechos más a garantizar, al igual que la protección social, pero en ámbitos distintos.

Sobre el principio m):

“m) La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.”

Este concepto ni es principio, ni se menciona así en la Convención, que se limita a establecer obligaciones a los Estados e insta en varios artículos a que se cumpla la Convención también en el ámbito privado.

Algo parecido ocurre con el principio n) de la LEPA:

“n) La participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.”

La participación del tercer sector no es un principio contemplado en la Convención ni tampoco se menciona en su articulado. Lo mismo que ocurre con el principio ñ):

“ñ) La cooperación interadministrativa.”

El principio o):

“o) La integración de las prestaciones establecidas en esta Ley en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las compe-

discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas:

i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos;

ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones.”

tencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados.”

Tampoco es un principio de la Convención que, a este respecto, dice en su Artículo 4. (Obligaciones generales) apartado 5³⁰, que todas las partes de los Estados federales³¹ están obligadas a aplicar las disposiciones de la Convención.

En el principio p), y tras un largo desierto de desencuentros de principios entre ambos textos, vemos que se da una coincidencia de principios. En la LEPA:

“p) La inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres.”

Que se corresponde con otro principio en la Convención como refleja el Artículo 3.g. (Principios) “igualdad entre el hombre y la mujer”.

Y finalmente, el principio q):

“q) Las personas en situación de gran dependencia serán atendidas de manera preferente.”

No es un principio de la Convención, pues ésta se refiere en todo momento al conjunto de personas con diversidad funcional, mientras que aquí la LEPA introduce como principio al establecimiento de un orden de implantación de la Ley.

Como se puede observar, de los dieciocho principios de la LEPA, sólo uno de ellos coincide plenamente con alguno de los ocho principios de la Convención, concretamente el referido al género (3.g de la Convención y el 3.p de la LEPA); en otros casos hay que hacer un ejercicio de interpretación para encontrar coincidencias con la Convención dentro de su articulado; y en cuatro ocasiones lo que para la LEPA son principios, en la Convención son obligaciones de los Estados.

Bajo los principios de la LEPA subyace la filosofía y orientación del modelo médico, se habla de otros principios, no basados en valores sino en realidades de actuación. De hecho, el olvido u omisión en parte o totalmente de los principios de la Convención reflejados en los apartados, 3.a, b, c, d y e, es uno de los errores conceptuales más relevantes de la LEPA y es lo que lo con-

³⁰ Convención 4.5. “Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones”

³¹ Entendiendo que si España no es formalmente un país federal de hecho, si puede considerarse que su estructura se asemeja a la de los Estados federales.

vierte en una herramienta conceptualmente mal diseñada. Además, la ausencia de estos principios se hace patente a lo largo del articulado de la ley.

Podemos concluir de este análisis que la Convención y la LEPA parten de principios diferentes, cada uno de ellos inspirado en paradigmas opuestos, que condicionan el desarrollo de ambos textos en una u otra dirección. Así, la Convención está inspirada, como se ha indicado anteriormente, en el modelo social, y esto se refleja a lo largo de su articulado; sirvan como ejemplo los artículos 9 (Accesibilidad), 19 (Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), 20 (Movilidad personal) o 30 (Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte) en los que prima el derecho de elección, la voluntad de las personas con diversidad funcional y la vida independiente dentro de la comunidad. Por el contrario, la LEPA se inspira en el anticuado modelo médico, dando un paso atrás respecto de la LIONDAU, que sí se inspiraba en lo que posteriormente ha quedado reflejado en la Convención; este retroceso conceptual, basado en principios erróneos se refleja igualmente en el articulado de la LEPA, donde el poder de elección pasa a un segundo plano y sólo de forma excepcional se puede acceder a determinadas prestaciones, que son precisamente las que están más cercanas al modelo social, como se pone de manifiesto en los artículos 14 (Prestaciones de atención a la dependencia), 15 (Catálogo de servicios), 17 (Prestación económica vinculada al servicio), 18 (Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales) y 19 (Prestación económica de asistencia personal).

3.3. OBJETIVOS DE AMBOS TEXTOS LEGISLATIVOS

Los objetivos de ambos textos quedan establecidos en sus respectivos artículos 1, denominado “Propósito” en la Convención y “Objeto de la Ley” en la LEPA.

En la Convención es el primer párrafo del artículo el que establece ese objetivo³², ya que el segundo se considera una definición del concepto de discapacidad (diversidad funcional). En esta definición de objetivos se utilizan los verbos “promover, proteger y asegurar” para aplicarlos a conceptos como “igualdad”, “derechos humanos”, “libertades fundamentales” y “dignidad inherente”.

³² Convención 1. “El propósito de la presente 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, y promover el respeto de su dignidad inherente.”

En la LEPA, es también el primer párrafo, en realidad el artículo 1.1 el que marca los objetivos de la ley³³. En este caso se habla de “condiciones básicas” e “igualdad en el ejercicio de un derecho subjetivo... en los términos establecidos en las leyes” y se habla de crear un Sistema nuevo.

Obsérvese que es lógico que los objetivos no sean plenamente coincidentes, en tanto en cuanto se trata de leyes de niveles diferentes que cubren objetivos diferentes. Lo que llama la atención de la LEPA es que se tiene como objetivo a sí misma, ya que se crea un Sistema nuevo con el objetivo de garantizar un derecho subjetivo³⁴, que es el que se establece en la propia ley.

Desde el punto de vista de los autores, la LEPA yerra en su objetivo y este error se distribuye por el texto, un texto que no contribuye a alcanzar los objetivos de la Convención.

Desde el punto de vista de las personas que viven discriminadas por su diversidad funcional y en situación de dependencia, se entiende que los objetivos de una Ley como la LEPA no se deben desviar de los que propone la Convención: asegurar la dignidad y la igualdad de las personas en situación de dependencia. En esa línea, no se entiende bien el concepto de “condiciones básicas” aplicadas a la dignidad y a la igualdad, ya que se debe asegurar la plena igualdad y la plena dignidad.

3.4. IMAGEN TRANSMITIDA DE LA REALIDAD HUMANA DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

La Convención, a la hora de definir la discapacidad o la diversidad funcional, incorpora la visión del modelo social y erradica el viejo estigma de enfermedad o reduccionismo del ser humano a su realidad biológica; es la interacción con el medio de personas diferentes la que genera desigualdad de oportunidades y discriminación, tal como se ha analizado en la sección

³³ LEPA 1.1 “La presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español.”

³⁴ Es de resaltar que crear un nuevo derecho social exigible, constituye un importante cambio en la visión de los servicios sociales, pero conviene recordar que la exigibilidad de un derecho no está garantizada por el nombre que se le da a dicho derecho, sino por los mecanismos que se establecen para poder reclamarlo.

2.4; y la propia Convención obliga a los Estados cambiar las leyes que mantengan la visión anterior (Art. 4) y a difundir esta nueva visión sobre la diversidad funcional (Art. 8).

Por su parte, la LEPA ha hecho un esfuerzo empezando por su título, hablando de promoción de la autonomía en primer lugar, esfuerzo que queda sin efecto en la definición de “Dependencia” que estipula en su artículo 2, tal como también se ha visto en la sección 2.4.

De igual manera, el error en la definición de “Autonomía” en la LEPA, mezclando la autonomía moral con la autonomía física³⁵ y por lo tanto las herramientas de apoyo que se necesitan en cada caso, tampoco colabora en la difusión de una imagen de la situación de dependencia como una cuestión de derechos humanos.

De igual manera, en el artículo 14.1 se indica de que las prestaciones de atención a la dependencia irán destinadas “a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria.”, haciendo recaer la responsabilidad en la persona y sus dificultades, clara herencia del modelo rehabilitador.

También en el artículo 27.5 (Valoración de la dependencia), se estipula que “La valoración se realizará teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona”, transmitiendo de nuevo la idea de que la salud, no la discriminación por diferencia, determina la realidad vital de la persona y su necesidad de apoyos; de nuevo el antiguo modelo deja su impronta en esta Ley.

Por todo ello, en este aspecto la LEPA es incompatible con la Convención, y en virtud de lo estipulado en el artículo 4 de la propia Convención, deberá ser modificada para adecuarse a la nueva visión de la diversidad funcional y de la situación de dependencia promovida por la ONU.

3.5. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y NO DISCRIMINACIÓN

La LEPA no tiene como principios la igualdad de oportunidades y la no discriminación, sino que los considera como un derecho, estipulado en su artículo 4.2.k (Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia):

“A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley.”

³⁵ Para profundizar en este aspecto, véase: ROMAÑACH CABRERO, J. y CENTENO ORTIZ, A.: *Fundamentos bioéticos ...*, op., cit., p. 7.

La lectura detallada pone de relieve que en el ámbito de esta ley sólo se tiene derecho a la igualdad de oportunidades y la no discriminación en lo que afecta a su ámbito de desarrollo y aplicación.

Así, también en el artículo 13. (Objetivos de las prestaciones del sistema), se estipula que:

“La atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal deberán orientarse a la consecución de una mejor calidad de vida y autonomía personal, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades...”

Por lo tanto, no se considera que la propia ley sea una herramienta que parta de estos principios y que sirva para garantizarlos para las personas que viven en situación de dependencia, como es el caso de la Convención³⁶.

De hecho la LEPA trata de conseguir “una mejor calidad de vida y autonomía personal”, lo que resulta insuficiente para erradicar la discriminación y/o conseguir la igualdad de oportunidades, ya que dicha igualdad no consiste en un marco sino en un principio y un objetivo que debería ser claro. Por otro lado, la confusión que se deriva de perseguir la calidad de vida como objetivo, ya ha sido puesta de relieve llegando a la conclusión de que³⁷:

“la aceptación del concepto de calidad de vida como eje fundamental de la diversidad funcional es un concepto heredado de un modelo que ha sido ya descartado por las personas con diversidad funcional, sin que en ningún modelo previo, incluido el modelo social, se haya reflexionado a este respecto. Además, la calidad de vida no parece ser, en ninguna de sus acepciones, el eje fundamental de ningún otro colectivo discriminado por su diferencia.”

Por su lado, en la Convención, tal como indica Agustina Palacios³⁸:

“La principal disposición sobre igualdad y no discriminación la encontramos en el artículo 5, donde en su primer inciso recoge el principio de igualdad y en su inciso segundo establece la garantía de no discriminación, que inspira todo el texto legal.”

En la LEPA, y a pesar de que se mencionan, aunque de manera errónea y en el lugar equivocado, estos principios (como derecho o como

³⁶ Y como fue demandado públicamente por el Foro de Vida Independiente.

³⁷ ROMAÑACH CABRERO, J.: *Bioética al otro lado del espejo...*, *op. cit.*, p. 82.

³⁸ PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...* *op.cit.* p. 283.

marco), a lo largo de su desarrollo se incumplen con relativa frecuencia en su articulado.

Así, el copago establecido en el artículo 33 promueve la desigualdad de oportunidades y prorroga la discriminación de las personas que viven en situación de dependencia, ya que les obliga a copagar por el mero hecho de ser diferentes³⁹.

También en el artículo 14.2 (Prestaciones de atención a la dependencia), se establece que “Los servicios del Catálogo del artículo 15 tendrán carácter prioritario”, y teniendo en cuenta que entre esos servicios se encuentran los servicios de atención residencial (Art. 15.1.e, que se desarrolla en el artículo 25), se está priorizando *de jure* herramientas discriminatorias⁴⁰ frente a herramientas como la asistencia personal que, con el diseño adecuado, son las que garantizan la plena igualdad de oportunidades.

No deja de extrañar, además, que una Ley que debería garantizar la igualdad de oportunidades y erradicar la discriminación disponga de un título entero (Título III) y un total de 8 artículos (Arts. 39, y 41 a 47) dedicados al régimen de infracciones y sanciones, en las que se culpabiliza de manera más o menos explícita a las personas discriminadas por vivir en situación de dependencia, disfrazándola de una protección contra otros agentes, mientras que las administraciones quedan impunes ante el incumplimiento de la Ley.

Así, por ejemplo, se considera una infracción “Negar el suministro de información o proporcionar datos falsos.” (Art. 43.c), pero no lo es solicitar datos innecesarios o no previstos en la Ley, como ya ha ocurrido *de facto*, habiendo administraciones que han solicitado los ingresos de los familiares, cuando el artículo 33.2 habla sólo de la capacidad económica del usuario.

Esta “criminalización” de las personas en situación de dependencia no se alinea en ningún caso con los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación y prorroga la visión de “consumidores de recursos” de las personas con diversidad funcional. Una visión ausente en la Convención.

³⁹ Así, si una persona necesita, por ejemplo, asistencia personal para trabajar y debe copagar esa asistencia, el dinero de ese copago deberá salir de su salario, teniendo como efecto que ganará menos dinero que cualquier otro compañero o compañera de trabajo que realice la misma tarea. El resultado sería por tanto de discriminación indirecta. Cabe resaltar que este hecho resultaría inadmisibles si se tratara de una persona de otro género, orientación sexual, raza, religión, etc.

⁴⁰ Las personas no desean habitualmente acudir a una residencia, a no ser que sean discriminadas por su diversidad funcional y si lo hacen, en la mayoría de los casos, es por falta de alternativas.

3.6. LA VIDA INDEPENDIENTE Y EN LA COMUNIDAD

La LEPA reconoce la figura del asistente personal de cara a fomentar la vida independiente en el Artículo 2.7 (Definiciones):

“...asistente personal que realiza o colabora en las tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y fomentando su autonomía personal.”

Y establece una prestación económica en el artículo 19 (Prestación económica de asistencia personal) en los siguientes términos:

“La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. 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 del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación.”

Si bien la intención de la asistencia personal en la LEPA es promocionar la autonomía personal de las personas discriminadas por su situación de dependencia con grandes necesidades de apoyo, la asistencia personal se ofrece de forma restrictiva, pues sólo es posible para facilitar el acceso al trabajo o al estudio, quedando fuera las actividades de ocio, culturales y de tiempo libre. Igualmente se refiere sólo a las actividades básicas de la vida diaria, fuera de la línea de lo establecido en el artículo 19 de la Convención (Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), que habla de la asistencia personal que sea necesaria. Además, en la LEPA la asistencia personal no se reconoce para aquellas personas con un grado de dependencia menor al establecido por la propia Ley; de nuevo vuelve a ser la LEPA restrictiva con todas aquellas personas por debajo del grado de dependencia marcado en la Ley, en contra de lo dictaminado por la Convención que se refiere en el encabezado del Artículo 19 “... el derecho de todas las personas con discapacidad.....”, por lo que no se puede hacer restricciones en función de unos supuestos grados de dependencia y, como dice la Convención, debe ofrecerse la asistencia personal a todas las personas con diversidad funcional.

En lo que respecta a la vida en la comunidad, la LEPA se refiere en su artículo 13 (Objetivos de las prestaciones de dependencia):

a) Facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible.

b) Proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la comunidad”

Siguiendo la línea de la Convención este artículo habla de facilitar la vida en el entorno y la comunidad, pero se parte de un objetivo de prestaciones y no de derechos. En el artículo se menciona en varias ocasiones la palabra autonomía personal y existencia autónoma y no las de de vida independiente e independencia. Pero, además, parece contradictorio con el resto de la LEPA, donde priman los servicios frente a los derechos y las medidas asistenciales frente a las de promoción de la vida independiente.

En la Convención, la vida independiente y la promoción de ésta en la comunidad no sólo forma parte del espíritu de la misma, sino que se ve reflejada a lo largo de su redacción, como se pone de manifiesto en los Artículos 3.a (Principios), 9 (Accesibilidad), 19 (Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad)⁴¹, 20 (Movilidad personal), 23 (Respeto del hogar y de la familia), 24 (Educación) y 26 (Habilitación y rehabilitación).

De lo anterior se deduce que la LEPA debe cambiar sus postulados teóricos para adecuar sus objetivos a los principios de la Convención como indica el artículo 3. a.

3.6.1. Ocio

La LEPA no menciona las palabras ocio, tiempo libre y cultura en su articulado. Por el contrario, la Convención en el artículo 30 (Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte) hace referencia expresa al derecho las personas con diversidad funcional a participar en la vida cultural, el deporte y el tiempo libre e incentivar su creatividad artística e intelectual.

Se pone de manifiesto una vez más el diferente planteamiento entre la LEPA y la Convención. Así, esta última promueve el pleno acceso de las personas con diversidad funcional a la sociedad y su participación en la misma, mientras la LEPA se mantiene al margen.

⁴¹ Se reproducen íntegramente los apartados a y b del artículo 19 de la Convención por su relevancia: “Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: 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; b) 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 para evitar su aislamiento o separación de ésta.

3.6.2. *Educación*

Tan sólo se hace mención a la educación en la LEPA dentro del artículo 19:

“...que facilite al beneficiario el acceso a la educación...”

En la Convención la educación tiene un artículo específico, el número 24 (Educación). No sólo se habla del derecho a la educación, ya contemplado en España y además obligatorio hasta los 16 años, sino de una educación inclusiva⁴², de ajustes razonables y apoyos para hacer efectiva esa plena inclusión. Y no sólo se refiere a la educación de la juventud sino que amplía ésta a la edad adulta, “...y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones.”

La Convención mantiene los planteamientos de inclusión en la educación y desarrollo dentro de la comunidad. La LEPA habla sólo de facilitar el acceso a la educación de manera excepcional a través del asistente personal con carácter restrictivo.

3.6.3. *Trabajo*

La LEPA sólo menciona el trabajo dentro del artículo 19:

“... que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo...”

En la Convención se trata en el Artículo 27 (Trabajo y empleo), destacando la igualdad de oportunidades, entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con diversidad funcional, y en el artículo 8.2.iii (Toma de conciencia)⁴³.

De nuevo la Convención promociona el trabajo entre las personas con diversidad funcional y promueve su reconocimiento, capacidad y habilidades, mientras que la LEPA sólo reconoce una prestación excepcional para el acceso al trabajo de carácter restrictivo, bajo el cumplimiento de unas condiciones específicas.

⁴² Convención 24.2.a) “Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;”

⁴³ Convención 8.2.iii “Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;”

Queda de manifiesto en este análisis, desde un punto de vista tautológico, que ambos textos tienen diferentes desarrollos y planteamientos para llevar a cabo una vida independiente y en la comunidad. De tal manera que en la Convención prima por encima de todo la libertad de elección, la inclusión dentro de la comunidad a través de los apoyos necesarios salvaguardando la independencia del individuo. La LEPA mantiene un planteamiento asistencial, llegando a la contradicción de declarar en un artículo que la asistencia personal es para fomentar la vida independiente y el desarrollo de las actividades de la vida cotidiana (artículo 2.7), y posteriormente sólo conceder ayudas para el desarrollo de las actividades básicas de la vida diaria (artículo 19) de forma excepcional. En consecuencia debería adecuarse la LEPA en este sentido de fomento y promoción de la toma de decisiones para “facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta” (artículo 19. c)). Se omite el ocio y tiempo libre y sólo se facilita el acceso al trabajo y el estudio con carácter excepcional y no para todas las personas con diversidad funcional.

3.7. LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL EN TODOS LOS ASUNTOS QUE LES AFECTAN

La LEPA establece en su artículo 3.k (Principios) que uno de sus principios es:

“La participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen en los términos previstos en esta Ley.”

Esta participación queda reflejada fundamentalmente en los artículos 4.e (Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia):

“A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.”

29.1 (Plan Individual de Atención)⁴⁴, 33 (La participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones), 35.2 (Calidad en la prestación de los servicios)⁴⁵ y 41 (Órganos consultivos).

⁴⁴ Obsérvese que la elección del usuario viene ya restringida por la propia ley, que en su artículo 14 estipula que los servicios son prioritarios a las prestaciones, lo que relega a la excepcionalidad prestaciones económicas que se convierte en herramientas tan poderosas como la Asistencia Personal.

⁴⁵ LEPA 35.2 “Los centros residenciales para personas en situación de dependencia habrán de disponer de un reglamento de régimen interior, que regule su organización y funcionamien-

Por su lado, la Convención aborda esta idea en el artículo 1 (Propósito), 3 (Principios), 4.3 (Obligaciones generales), 19 (Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), 24 (Educación), 26 (Habilitación y rehabilitación), 29 (Participación en la vida política y pública), 30 (Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte) y en el artículo 33.3 (Aplicación y seguimiento nacionales), 34 (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad).

Podemos ver que existe un cierto paralelismo entre ambos textos, ya que ambos tienen como intención inicial la participación de las personas discriminadas por su diversidad funcional en la sociedad, en las cosas que les afectan y en especial en las políticas de las que son objeto.

Sin embargo, a la hora de desarrollar estas ideas a lo largo del articulado, nos encontramos con diferentes aproximaciones. En la siguiente tabla se puede observar en qué se promociona la participación de las personas discriminadas por su diversidad funcional en ambos textos:

LEPA

- Su Plan Individual de Atención
- El pago por ejercer su derecho
- En los órganos de control de calidad de centros residenciales
- El Comité Consultivo (que no tiene ni voz ni voto)

Convención

- La sociedad
- La comunidad
- La educación
- Todos los aspectos de la vida
- En la vida política y pública
- En la vida cultural
- En el seguimiento de sus derechos a nivel nacional e internacional

No se escapa de este análisis que, si bien se parte de intenciones parecidas, el resultado es divergente para ambos textos, siendo la Convención la que apuesta por la plena participación social de las personas que viven en situación de dependencia, mientras que la LEPA apenas les permite participar en la definición de su propia realidad y opinar desde un comité sin voz ni voto, para darles voz una vez encerrados en residencias y hacerles pagar por su derecho en cualquier caso.

4. CONCLUSIONES

Tras analizar la pertinencia de este análisis comparativo entre los dos textos, se puede concluir que, si bien son textos legislativos de diferente ni-

to, que incluya un sistema de gestión de calidad y que establezca la participación de los usuarios, en la forma que determine la Administración competente.”

vel, la LEPA debería seguir el espíritu y los principios establecidos en la Convención, y ayudar a cumplir lo establecido en su articulado, por ser ésta última de rango superior.

Una vez realizado el análisis, se llega a la conclusión que cada uno de los dos textos legales parte de premisas y paradigmas diferentes que posteriormente quedan reflejados en el desarrollo de sus respectivos articulados; tal como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este análisis desde un punto de vista teleológico, (es decir, si se atiende a los fines perseguidos por las normas), la Convención se basa en los principios del modelo social y de vida independiente⁴⁶, mientras que la LEPA 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.

Así queda reflejado que, mientras en la Convención hay una apuesta clara y decidida por fomentar y promocionar la igualdad de oportunidades y la participación plena de las personas con diversidad funcional en la sociedad, primando la vida independiente dentro de su comunidad y poniendo a su alcance todos los instrumentos necesarios para poder llevarlo a cabo, en la LEPA se atisban algunas medidas en este sentido, a todas luces insuficiente, pues siguen primando los servicios de carácter asistencial sobre los de promoción de la autonomía personal, que en el mejor de los casos se ofrecen de forma excepcional y restrictiva por lo que no están al alcance de todas las personas que viven en situación de dependencia.

La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LEPA), dedica un 90% del articulado a regular y sancionar la dependencia y un escaso 10% a la promoción de la autonomía personal. Por el contrario la Convención no nombra la palabra dependencia en ningún punto del texto, y pone las bases para el fomento y promoción de la autonomía e independencia de las personas con diversidad funcional.

A la vista de estos planteamientos la LEPA debería haber partido de los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, autonomía individual e independencia presentes en la Convención y en la LIONDAU. De igual forma debería asegurar la plena igualdad y la plena dignidad y adecuarse a la nueva visión de la diversidad funcional y de la situación de dependencia promovida por la ONU

Por todo ello, en numerosos aspectos, la LEPA es incompatible con la Convención y debería converger con los principios de ésta; por ello se hace necesaria una revisión de la Ley en fondo y forma, para lograr que cumplan

⁴⁶ Para un mayor conocimiento sobre el movimiento de vida independiente se recomienda la lectura del libro: GARCÍA ALONSO, J. V. (coord.): *Movimiento de Vida Independiente. Experiencias internacionales*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003.

los mismos criterios y objetivos de la Convención, y pueda ser usada como medio y herramienta para erradicar la discriminación de las personas que vivan en situación de dependencia y fomente su verdadera igualdad de oportunidades y su participación en la vida social, en comunidad, sin distinción con el resto de la ciudadanía.

5. BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (2005): "Instituciones de Derecho Internacional Público". 15.ª edición. Tecnos. Madrid, 2005.
- FORO DE VIDA INDEPENDIENTE (2006a). "La postura del Foro de Vida Independiente ante el Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: 24 consideraciones y 42 propuestas para el avance real en derechos sociales." Marzo de 2006. Disponible en web: http://www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/lepa/la_postura_del_foro_VI_la_lopa.html
- "Igualdad de oportunidades y no discriminación". Agosto de 2006 del Foro de Vida Independiente. Disponible en web: http://www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/esperamos_igualdad.html.
- GARCÍA ALONSO, J. V. (Coord.) (2003): "Movimiento de Vida Independiente. Experiencias internacionales" Madrid, Fundación Luis Vives. Disponible en Web: <http://www.fundacionluisvives.org/BBDD/publicaciones/documentacion/MVI.pdf>.
- PALACIOS, A., "El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". Colección CERMI, n.º 36, Grupo editorial CINCA. Madrid, octubre de 2008.
- PALACIOS, 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.
- ROMAÑACH CABRERO, J. (2008). "Bioética al otro lado del espejo: la visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos." Trabajo de investigación presentado al concurso de bioética 2008 de la Fundación Grifols. Disponible en Web: http://www.diversocracia.org/docs/Bioetica_al_otro_lado_del_espejo.pdf.
- ROMAÑACH CABRERO, J. y CENTENO ORTIZ, A. (2007): "Fundamentos bioéticos para la 'inDependencia'". Comunicación presentada en el VIII Congreso Nacional de Bioética. Asociación de Bioética Fundamental y Clínica. Oviedo 18-20 de octubre de 2007. p. 9. Disponible en web: http://www.diversocracia.org/docs/Fundamentos_bioeticos_para_la_inDependencia.pdf.
- ROMAÑACH CABRERO, J. y PALACIOS RIZZO, A. (2006): "El modelo de la diversidad: La Bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional". Diversitas.

Leyes

- LEY 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE. Boletín Oficial del Estado, 15 de diciembre 2006 (núm. 299)

BOE n. 96 de 21/4/2008. INSTRUMENTO de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

LEY 51/2003 de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad. BOE. Boletín Oficial del Estado, 3 de diciembre de 2003 (número. 289)

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 1978

Convención de Viena de sobre el Derecho de los Tratados., aprobada en el BOE de 13 de junio de 1980.

Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, mediante Resolución 46/96, de 20 de diciembre de 1993.