

LA “ASISTENCIA PERSONAL”

FUNDAMENTOS, JUSTIFICACIÓN Y DERECHOS



COCEMFE
Asturias



GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERÍA DE DERECHOS SOCIALES Y BIENESTAR



Plan de Recuperación,
Transformación y Resiliencia



Financiado por
la Unión Europea
NextGenerationEU

La "Asistencia Personal": Fundamentos, justificación y derechos

PARTE I

La institución jurídica de la "asistencia personal": justificación y desarrollo crítico

Leonor Suárez Llanos

Catedrática de Filosofía del Derecho

PARTE II

Marco constitucional de la asistencia personal

María Valvidares Suárez

Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

PARTE III

La figura del asistente personal: implicaciones desde el punto de vista laboral

María Ángeles Ceínos Suárez

Profesora titular del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EDITA



COCEMFE
Asturias

C/ Doctor Avelino González, 5 bajo CP 33211
T 985 39 68 55 - federacion@cocemfeasturias.es
www.cocemfeasturias.es

Estudio financiado por



GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS
CONSEJERÍA DE DERECHOS SOCIALES Y BIENESTAR



**Plan de Recuperación,
Transformación y Resiliencia**



**Financiado por
la Unión Europea**
NextGenerationEU

PRESENTACIÓN

Este informe sobre *La asistencia personal: fundamentos, justificación y derechos* tiene su origen en la colaboración entre COCEMFE Asturias y las profesoras que firman cada una de las partes que lo componen, y que se inició en 2021 en el marco de la formación impartida por COCEMFE Asturias para la realización de funciones de asistencia personal.

En particular, Leonor Suárez Llanos, Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo, ha realizado la primera parte del informe, dedicado a *La institución jurídica de la “asistencia personal”: justificación y desarrollo crítico*. El objetivo de esta primera ha sido articular críticamente los criterios de justificación y fundamentación de la institución jurídica de la asistencia personal, proponer ciertas claves esenciales relacionadas con la formación y de la decencia laboral, reconstruir la figura en el marco de la autodeterminación y la dignidad de las personas y justificar el alcance vital completo y no “edadista” de la figura.

María Valvidares Suárez, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, es autora de la segunda parte del informe: *Marco constitucional de la asistencia personal*. Los objetivos de esta segunda parte son, en primer lugar, el encaje constitucional de la asistencia personal en el marco de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, en conexión con las exigencias derivadas de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad. A continuación, se estudia el marco competencial, analizando en qué medida el Estado posee competencia que puedan fundamentar una regulación básica común en lo referente al ámbito de actividades para las cuales se garantice la asistencia personal, así como a un contenido común respecto de la necesaria formación de quienes realicen la asistencia. Por último, se analiza la asistencia personal desde la óptica de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, con especial atención a su derecho a la intimidad personal y familiar.

Por último, Ángeles Ceños Suárez, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo, ha desarrollado la tercera parte del Informe, centrado en *la figura del asistente personal y las implicaciones laborales de la prestación de dicho servicio*. El objetivo de este apartado es analizar las diferentes vías que nuestro ordenamiento jurídico prevé para proveerse del servicio de asistencia personal a la luz de los postulados del Movimiento de Vida Independiente y el contenido de la Convención Internacional de Derechos de las personas con discapacidad. En particular, en este apartado del Informe se tratará de identificar aquellos aspectos de la regulación que deberían ser modulados y aquellos otros que necesariamente han de mejorarse. Debe hacerse constar que el epígrafe 3.3 de este bloque ha sido elaborado por Cristina Sánchez Frutos, personal técnico de COCEMFE Asturias.

Las personas firmantes de este estudio y la entidad que lo impulsa confiamos en que este informe sirva para dar mayor visibilidad a una figura muy desconocida pero que estimamos está llamada a convertirse en una herramienta indispensable para operar un cambio de paradigma en cuanto al efectivo disfrute de los derechos por las personas con discapacidad. La finalidad que nos mueve es reflexionar sobre sus imprecisos contornos y asegurar la mayor garantía de los derechos de todas las personas implicadas en la asistencia personal.

ÍNDICE

PARTE I

La institución jurídica de la “asistencia personal”: Justificación y desarrollo crítico	06
1. La asistencia personal: institución jurídica nueva, necesaria y compleja	07
2. Lo que es, lo que no es y lo que debe ser la “asistencia personal”	09
3. La “asistencia personal”, la dignidad y el derecho fundamental a una vida propia de las personas en situación de discapacidad: entre la autonomía y el paternalismo	10
4. La protección de la dignidad del “asistente personal” como trabajadora o trabajador: La tónica y atípica controversia sobre la naturaleza laboral de la asistencia personal	12
4.1. La discutida formación y/o capacitación de “asistente personal”	14
4.2. El trabajo decente, la dignidad y la “asistencia personal”: los límites de la indecencia laboral	17
4.3. La dignidad como eje jurídico de la “asistencia personal”	19

PARTE II

Marco constitucional de la asistencia personal	26
1. El fundamento constitucional de la asistencia personal	27
2. El marco competencial y las condiciones básicas que garantizan la igualdad	30
3. La persona destinataria de la asistencia personal: autonomía, libre desarrollo de la personalidad y asistencia personal	33
4. El derecho a la intimidad personal y familiar, la protección de datos y la asistencia personal	35

PARTE III

La figura del asistente personal: implicaciones desde el punto de vista laboral	40
--	----

1. La Asistencia Personal: referencias normativas	41
---	----

2. La provisión del servicio de asistencia personal	42
---	----

2.1. Las Oficinas de Vida Independiente y su papel de intermediación laboral	42
--	----

2.2. Contratación a través de un tercero: “empresa o entidad privada	43
--	----

2.3. Contratación directa entre quien recibe la asistencia personal y quien la presta: la opción óptima a la luz de la filosofía del MVI y del contenido de la Convención	44
---	----

3. La asistencia personal: disfunciones en la regulación existente	47
--	----

3.1. Disfunciones en materia de formación en asistencia personal	47
--	----

3.2. La contratación de asistencia personal a través de empresa o entidad privada: disfunciones en la selección del personal	51
--	----

3.3. La contratación de asistencia personal a través de empresa o entidad privada: disfunciones respecto del procedimiento de acreditación y/o autorización de empresas y entidades proveedoras del servicio de asistencia personal en el Principado de Asturias	51
--	----

3.4. La contratación de asistencia personal a través de empresa o entidad privada: disfunciones respecto de las condiciones de trabajo	54
--	----

4. Asistencia personal mediante contratación directa: la mejor opción, pero no con la regulación vigente	54
--	----

5. Balance y conclusiones	55
---------------------------	----

CONCLUSIONES	57
---------------------	----

ANEXO	61
--------------	----

PARTE I

La institución jurídica de la “asistencia personal”: Justificación y desarrollo crítico

1. La asistencia personal: institución jurídica nueva, necesaria y compleja
2. Lo que es, lo que no es y lo que debe ser la “asistencia personal”
3. La “asistencia personal”, la dignidad y el derecho fundamental a una vida propia de las personas en situación de discapacidad
4. La protección de la dignidad del “asistente personal” como trabajadora o trabajador
5. La asistencia personal de los niños, niñas y adolescentes y de las personas mayores

1 La asistencia personal: Institución jurídica nueva, necesaria y compleja

El Derecho español proclama la justicia como uno de sus valores constitucionales centrales, pero son nuestras controversias, dilemas y particulares valoraciones las que determinan el modo en que los bienes, derechos y obligaciones deben distribuirse y someterse a aquella justicia.

En realidad, los sistemas de ideas, concepciones y pretensiones colaboran en la creación y percepción de esas disputas y problemas y también son centrales para resolverlos. Modernamente, esos sistemas, que son los que asignan el valor o disvalor a la “diferencia”, responden en amplia medida a la victoria global del modelo económico capitalista centrado en la producción y consumo rápido y masivo.

Y, dicho en términos sencillos, una de las consecuencias de lo anterior es que hay un conjunto de normas, reglas, rutinas, patrones, actitudes y pautas de comportamiento que, tanto de iure como de facto, dan paso a una situación de inferioridad y exclusión generalizada contra un grupo de personas, que son perpetuadas a lo largo del tiempo e incluso por generaciones; no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos, sino de discriminación que surge como consecuencia de un contexto histórico, socioeconómico y cultural¹.

Por eso, un aspecto central de la lucha por la igualdad en los derechos de las personas en situación de discapacidad es que por fin sean “reconocidas” en su identidad real, la que es propia a su “diversidad”. El problema es que justo esta diversidad es la que parece explicar la restricción de sus derechos.

La batalla por el “reconocimiento” es la lucha por la “dignidad”, en sentido jurídico denso y, en consecuencia, por la igualdad en unos derechos que deben adaptarse a las manos y acción de cada una de las personas diferentes que emprende la construcción de su propia vida. Por eso no basta con igualar formalmente, igual que carece de fundamento igualar en resultados. Y por eso la propuesta es equiparar “realmente” a todas las personas en las posiciones de partida.

Pues bien, en este escenario que proclama la justicia, que asume valoraciones, enjuiciamientos y distribuciones prejuiciosas y que aspira al efectivo “reconocimiento” de las posibilidades de todas y todos, la “asistencia personal” juega un papel crucial en la protección de la vida autónoma e independiente y del proyecto propio de vida de cada cual al margen de sus características y condiciones.

La “asistencia personal” es una institución jurídica “nueva” que tiene por finalidad **garantizar una posibilidad plena y cierta de que las personas en situación de discapacidad desarrollen su derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad.**

La idea de que alguien “colabore”, cuide, subvencione, ayude... a las personas en situación de discapacidad no es nueva, y hace tiempo que se materializa en el marco público a través de prestaciones económicas, el cuidado no profesional, el residencial, atendiendo necesidades vitales básicas, facilitando el acceso arquitectónico o laboral a través de cupos, etc.

Pero lo que sí es nuevo y cambia los criterios y planteamientos es la fundamentación y la finalidad de la institución de la “asistencia personal”: que el Derecho impulse el desarrollo pleno y digno de la “vida independiente” de las personas en situación de discapacidad².

(1) Lo destaca bien la Comisión interamericana de Derechos Humanos; en VVAA. *Comisión Interamericana De Derechos Humanos Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos*, 2019, pp. 33-34.

(2) En particular, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General nº. 5, define la “asistencia personal” como un “apoyo humano dirigido por el interesado o el `usuario´ que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente”.

Por eso, el correcto desarrollo jurídico y político de esta nueva institución exige articular numerosas medidas e instrumentos de distinta naturaleza que deben ser garantes de la posición y los derechos de las dos partes de la relación jurídica de la asistencia personal: la persona que precisa esa asistencia y la persona que desarrolla la actividad de asistencia personal.

El contexto normativo general de implantación de la “asistencia personal” en España es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en vigor desde mayo del 2008³, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

En su artículo 19, la Convención Internacional proclama el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las demás y plena inclusión garantizando en particular su oportunidad de elegir dónde y con quién vivir, que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, que tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, y entre estos se incluye la “asistencia personal”.

Por su parte, también en su art. 19, la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia del 2006 reconoce la prestación económica de asistencia personal asignándole la finalidad de promover la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados, y el objetivo de contribuir a la contratación de una asistencia personal que facilite al beneficiario el acceso a la educación, al trabajo y a una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.

A partir de este marco general, y para abordar la fundamentación y el correspondiente desarrollo normativo de la “asistencia personal”, es necesario diseñar la institución, sus claves y características e identificar sus dificultades de concreción, regulación y desarrollo.

Pero identificar y diseñar en todos sus aspectos y dimensiones la “asistencia personal” es asunto complejo al tratarse de una institución de la que ni el Derecho, ni los especialistas, ni la sociedad en general, ni quienes realizan la actividad, ni quienes se

beneficiarían de ellas sabe exactamente cómo debe desarrollarse ética, social, económica, política y jurídicamente.

Ahora bien, lo que sí sabemos es que es una institución jurídica referida a uno de los grupos vulnerables destacados por no poder acceder en pie de igualdad al disfrute de sus derechos y por padecer discriminación objetiva, pues el modelo estructural de distribución y protección se erige sobre su desventaja.

Por eso, para tener éxito con la “asistencia personal” hay que identificar bien qué se trata de corregir y conseguir con ella y, a partir de ahí, abandonar la comodidad dogmática de mantener los patrones de conducta tradicionales ya establecidos e impedir que las prácticas y tendencias habituales sean las que rellenen el contenido de la institución.

Para tener éxito con la “asistencia personal” hay que identificar bien qué se trata de corregir y conseguir con ella y, a partir de ahí, abandonar la comodidad dogmática de mantener los patrones de conducta tradicionales ya establecidos e impedir que las prácticas y tendencias habituales sean las que rellenen el contenido de la institución

En este contexto, pues, el planteamiento crítico es importante a fin de “deconstruir” nuestras concepciones y planteamientos materiales y culturales sospechosos, poder luego “reconstruir” instituciones justificadas garantes de la libertad y la igualdad y no caer en la tentación de recurrir a analogías y viejas fórmulas que incidan en el no-reconocimiento y en la restricción de los derechos. Conseguir que las propuestas estén justificadas significa que ofrezcan una alternativa más potente y con mayor capacidad de incidencia que sus rivales para alcanzar los objetivos propuestos en relación con la realidad existente.

(3) Texto aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13/12/2006. Tras su aprobación por la Asamblea General, la Convención se abre a los 192 Estados Miembros para su ratificación y aplicación; como entraba en vigor cuando fuera ratificada por 20 países, lo hizo el 03/05/2008.

2

Lo que es, lo que no es y lo que debe ser la “asistencia personal”

La visibilización y protección jurídica de las personas en situación de discapacidad se puede desarrollar en dos niveles. En uno se pretende que se mantengan vivas, alimentadas y atendidas en la “enfermedad” (cuidado básico y terapéutico). En el segundo se potencian las ayudas y el desarrollo autónomo para que quienes están en situación de discapacidad puedan acceder en pie de igualdad respecto de quienes no se encuentran en esa situación al disfrute de sus derechos (asistencia a la autonomía).

La “asistencia personal” se desarrolla en este segundo nivel de ayudas a la autonomía y la autorrealización y debe servir como “una herramienta básica que favorece el empoderamiento, la autodeterminación de las personas con diversidad funcional, haciendo efectivo su derecho a la vida independiente, así como su inclusión y participación social”⁴. Por eso, la fundamentación de la institución es la misma que la del Estado social de Derecho, protección de la dignidad, de la autonomía y de los derechos de cada persona.

Planteamiento acorde con la reforma civil española⁵ de la regulación sobre capacidad jurídica, tutores y patria potestad prorrogada y que impone el reconocimiento de la capacidad jurídica a todas las personas, al margen de la naturaleza de su situación de discapacidad, y sustituye, entre otras cosas, las formas directas de control y decisión de los terceros sobre las personas en situación de discapacidad por un sistema de apoyos y respeto a su voluntad, previéndose la curatela, la guarda de hecho y la defensa judicial.

Eso sí, la dignidad, la autonomía y la igualdad en los derechos que proclama y debe proteger la “asistencia personal”, en todo caso, se refiere a las dos partes constitutivas de la relación jurídica: la persona en situación de discapacidad y el asistente personal como trabajador o trabajadora que realiza una prestación. Y esta es una cuestión central que se aborda en profundidad en este informe, ahora con carácter abstracto y de fundamentación crítica, luego, en su concreción particular de Derecho constitucional y laboral.

Se apuntaba hace un momento que la “asistencia personal” es una nueva institución jurídica que se refiere a un “problema que es nuevo” aunque la discapacidad funcional y sus problemas nos lo son. Lo novedoso es el concepto político jurídico que justifica su institución: la “igualdad real” en la posibilidad de acceder a una definición propia de la vida buena y justa que cada cual defiende para sí. Así, ya no basta con afirmar que la ley no permitirá tratamientos injustamente diferenciados por razón de edad, género ideología, características físicas, etc. (igualdad formal). Ahora se sostiene que el Derecho garantiza todos los instrumentos de igualdad y diversidad que sirvan para eliminar los elementos materiales (igualdad material) que impiden a ciertos grupos disfrutar de un concepto propio de vida buena, autónoma y digna.

(4) Mercedes López-Pérez; Carmen Álvarez-Nieto. “La asistencia personal en España. Perspectiva de sus protagonistas: personas beneficiarias, responsables de la asistencia personal de las entidades proveedoras y asistentes personales”, *Trabajo Social Global - Global Social Work*, vol. 10, nº. 19, 2020, pág. 226 (comp. *European Network on Independent Living*).

(5) Ley 8/2021, 02/06, 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, que afirma sin ambages que “(n)o se trata... de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho -jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores- que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas”.

De esta forma, la igualdad real del Estado social se construye sobre dos conceptos conjugados de imprescindible actuación conjunta, y no sucesiva, la igualdad formal y la material. Por eso hablar de igualdad formal desatendiendo las circunstancias de diversidad, de discapacidad material de quienes pertenecen a los grupos caracterizados por “condiciones o categorías sospechosas” de discriminación (edad, género, orientación, ideología, etnia, características físicas, funcionales, etc.)⁶ no es una forma de igualdad, ni incompleta ni parcial, es un modo de ocultar la injusticia y discriminación sistémica e institucional.

En este sentido y en nuestro contexto constitucional, como se desarrollará enseguida en la segunda parte de este informe, de protección jurídica constitucional, el art. 14 CE proclama formalmente la igualdad que, según al art. 9.2 CE, debe garantizarse eliminando los obstáculos materiales que impiden alcanzar la igualdad real en el acceso a los derechos. Y esto, exige frecuentemente, como sucede con las personas que se encuentran en situación de discapacidad, articular medidas y ajustes que implican un trato diferente para obtener la igualdad en las situaciones de discapacidad.

El instrumento jurídico del “asistente personal” pretende huir de la discriminación en la dignidad, la posibilidad de desarrollar en pie de igualdad una vida autónoma y los derechos a la par que trata de eludir concepciones que caigan en el asistencialismo, la beneficencia, y los proyectos contingentes y dependientes del planteamiento ideológico y económico del Estado de turno.

La “asistencia personal”, la dignidad y el derecho fundamental a una vida propia de las personas en situación de discapacidad: entre la autonomía y el paternalismo

El derecho a la “asistencia personal” reconocido en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas se ha configurado como un efectivo “derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” en el art. 1.1 de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

De esta forma, la “asistencia personal” constituye en España el objeto de un derecho subjetivo de toda persona a realizar su propia concepción de la vida conforme a los derechos de los que todos somos titulares. Y es que, como se viene insistiendo, las personas en situación de discapacidad funcional tienen el mismo derecho a tener derechos, que diría Hannah Arendt, que los demás. Pero, añadiendo ahora que lo que la “asistencia personal” debe garantizar es la igual posibilidad de acceder a un modo de realizar los derechos que definan a cada cual realmente y según sus condiciones.

Respecto de este derecho a la “asistencia personal” ha jugado un papel significativo el Movimiento por la Vida Independiente (MVI).

Para ubicar contextualmente el Movimiento hay que acudir a Estados Unidos, donde Edward Verne Roberts (1939-1995), una persona con gran discapacidad, ingresa en 1962 en la Universidad de Berkeley⁷. Para poder continuar su desarrollo personal contrató como asistentes a compañeros de estudio, a los que pagó con fondos de becas estatales. Otros estudiantes siguieron su ejemplo y, a instancia suya, se inaugura un programa

(6) Que traen importantes prolegómenos del TS estadounidense en relación con la “raza”, y que se desarrollan ampliamente en el marco europeo e interamericano y que, destaca nuestro TS, STS de 28/04/2005 (Rec. 72/04) “implican una violación más cualificada de la igualdad por el carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado” pues, y siguiendo al TC, el trato diferente “toma en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas” (FJ 8). En este sentido, p.ej., y en relación con la STC 31/2018, 10/04, que la segregación por sexo en la educación responde a un factor de diferenciación sospechoso que genera discriminación, tal como igualmente sostiene el sector progresista de esa STC, María Luisa Balaguer Callejón, Xiol Rios o Valdés Dal-Re, en sus votos particulares.

(7) Vid. comp. Gonzalo José Carbonell Aparici. “El movimiento de vida independiente en España”. Revista Española de Discapacidad, nº. 7 (II), 2019, pp. 201-214; Agustina Palacios. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CINCA, 2008, pp. 109-115.

de apoyo para estudiantes con discapacidad funcional física. A partir de ahí surge luego la idea de implantar un programa similar, fuera del ámbito universitario, para vivir integrados en la comunidad civil. Se crea así en 1972 el primer Centro de Vida Independiente (CVI), en Berkeley.

El MVI rechaza el modelo medicalizado y paralizador y reclama un tratamiento integral de las situaciones de diversidad funcional que permita a las personas desarrollar en la mayor medida posible su autonomía y los derechos.

Este planteamiento de vida independiente potencia, a su vez, el llamado “principio de desinstitucionalización”, fuertemente impulsado por aquellos años 70 del s. XX en Suecia, y orientado a trasladar a las personas en situación de discapacidad, en amplia medida intelectual, a la sociedad para favorecer su “normalización” social gracias a instrumentos de adaptación conjunta de la diversidad a la normalidad social estructural⁸.

En este contexto de desinstitucionalización y normalización el/la “asistente personal” realiza una intervención especializada que permite convertir la discapacidad limitante en una forma de diversidad adaptada a la estructura social, de tal forma que la persona consigue desarrollar satisfactoriamente una vida independiente.

Sobre estas bases se perfilan las claves de la “asistencia personal”. De un lado, de forma negativa: el/la asistente personal no es un cuidador ni general ni sanitario, pues el objetivo no es proteger y medicalizar sino ofrecer las herramientas que permiten a la persona en situación de discapacidad actuar por sí mismas. Y tampoco es personal de limpieza y organización doméstica.

De otro lado, en positivo, el “asistente personal” se define a partir de lo que debe hacer, no a la inversa, y lo que debe hacer responde a la finalidad y objetivo de la creación de la institución de “asistencia personal”: posibilitar la autonomía y el control y ejecución de una vida independiente. Esto exige varias cosas, entre ellas⁹:

- | | | | |
|----------|---|----------|---|
| 1 | Tareas personales directamente relacionadas con la PDF: transferencias (acostarse, levantarse, cambios posturales, ir al baño, etc.), manejo de apoyos técnicos (grúa, respirador, etc.), aseo, etc. | 5 | Tareas de comunicación: lenguaje de signos y otros sistemas alternativos |
| 2 | Tareas del hogar directamente vinculadas con la asistencia personal; pero no la labor de asistencia doméstica y limpieza general | 6 | Tareas de coordinación: planificación del día, apoyo en la toma de decisiones |
| 3 | Acompañamiento dentro o fuera del hogar | 7 | Tareas excepcionales: situaciones imprevistas, crisis físicas o psíquicas que sobrevengan al PDF |
| 4 | Conducción de vehículos | 8 | Tareas especiales: preparación de relaciones sexuales, cuestión ésta que suscita amplia controversia de fundamentación, condiciones y límites¹⁰ |

Pues bien, algunos de los problemas importantes de la figura del “asistente personal” se derivan, precisamente, del alcance de la autonomía, control y poder de decisión de la persona funcionalmente discapacitada en las distintas situaciones y respecto de su asistente. Esto es, de la tensión entre paternalismo o autonomía, auto-gestión o tutela respecto de situaciones complejas, arriesgadas o controvertidas y propias a discapacidades funcionales, físicas, motoras, intelectuales, psíquicas, sus grados, las edades, etc.

(8) Vid. comp. Colin Barnes, Geof Mercer. *Disability*, Polity Press, 2003, pág. 33; Rafael de Asís Roig, “Apoyo y asistencia personal”, *Ius Fugit*, n.º. 22, 2019, pp. 23-24.

(9) Gonzalo José Carbonell Aparici. “Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional”, *Trabajo Social Hoy*, n.º. 83, 2018, pág. 88.

(10) Vid., VVAA. *Sexualidad y Diversidad Funcional*, Cuadernos de la Fundación Grifols, vol. 3, 2020.

Ante tal dificultad es oportuno evitar respuestas intuitivas y/o planteamientos radicales.

En primer lugar, porque el ser humano realiza siempre su autonomía desde su dependencia, sus múltiples lazos sociales, distintas formas de apoyo y asistencia personales o técnicas y redes de colaboración. De hecho, la sociedad misma en la que creemos desarrollar nuestra autonomía es un modelo grupal de múltiples lazos y niveles de dependencias. Lo que ocurre es que culturalmente consideramos unas dependencias como aceptables y las otras como extrañas o contrarias al comportamiento autónomo.

Y, en segundo lugar, porque, aunque la dotación de un “asistente personal” exige que la persona sea capaz de tomar decisiones propias respecto de sí para establecer un programa claro y razonable de objetivos entre el “asistido” o quien lo represente, guarde o asista judicialmente y el asistente personal, esa capacidad puede darse y manifestarse de muy distintas formas y, en ocasiones, el “asistente” colaborará en la interpretación de la forma en que la realización de los derechos es adecuada a la persona. A su vez, debemos tener claro que los estudios, los deportes, las salidas, etc. no tienen que delimitarse conforme al modelo estándar de las personas que no se encuentran en situación de discapacidad y que la función del “asistente personal” no es conseguir que su “asistido/a” haga lo mismo y del mismo modo que el resto¹¹. Diversamente, el objetivo es que la persona en situación de discapacidad pueda realizarse en sus derechos, aunque para ello, frecuentemente, la línea de decisión y ejecución será distinta y novedosa en un modo en el que aún nos queda mucho por profundizar y aprender.

4

La protección de la dignidad del “asistente personal” como trabajadora o trabajador: La tónica y atípica controversia sobre la naturaleza laboral de la asistencia personal

La institución de la “asistencia personal”, se viene insistiendo, se configura en torno a los dos polos de la persona con discapacidad funcional y del asistente personal como trabajador/a que garantiza la asistencia. De tal forma que la razonabilidad y justificación de la asistencia personal depende tanto de los objetivos valiosos que se proponga, cuanto de la capacidad que los instrumentos jurídicos puestos a su servicio tengan para proteger los derechos de las dos partes involucradas en la relación.

La tónica y atípica controversia sobre la naturaleza laboral de la asistencia personal

Nuestra comprensión de la realidad está sistemática y estructuralmente formateada por modelos significativos tradicionales (disminuido, tullido, inválido, subnormal, etc.) que evolucionan y se transforman al tiempo que van cambiando los paradigmas valorativos social, política y económicamente victoriosos.

Las trampas valorativas y de enjuiciamiento de determinados términos no solo afectan a las personas en situación de discapacidad, también acucian social y jurídicamente al “asistente personal”. Porque acostumbrados a definir la productividad a partir de un modelo capitalista de réplicas, y a definir el ámbito público por la productividad y el privado por el cuidado, resulta que la “asistencia personal” es condicionada por las notas propias de una actividad importante, nadie lo discute, quizá encomiable, pero privada y emocional y no regulada o lastimosamente introducida en clave de escasa retribución y condiciones de realización duras, pocas atractivas y escasamente controladas.

En realidad, todo ello pertenece a un imaginario colectivo tradicional que dejó su impronta en el modelo de definición del contrato de trabajo y que hoy sigue minusvalorando los cuidados y adscribiéndolos al ámbito privado, de mujeres, en general, y pobres en particular.

(11) Se trata de una asistencia destinada a apoyar la vida independiente de las personas lo que implica no verse obligado a vivir de acuerdo a un sistema de vida preconfigurado y no querido”, Rafael de Asís Roig, “Apoyo y asistencia personal”, Ius Fugit, nº. 22, 2019, pág. 24.

El “asistente personal” (en adelante AP) se encuentra sometido a varios frentes de presión y, dependiendo de la fuerza con la que se presione en cada frente, resultará una u otra figura de “asistente personal” que puede gustar más o menos a quienes se encuentren en situación de discapacidad y a quienes deban desarrollar la asistencia.

En la selección de fuerzas de presión el componente político y valorativo es crucial. Hay que definir qué posición y consideración laboral tiene “el cuidado”. Si continuaremos insistiendo en que las mujeres deben ocuparse en el marco doméstico del cuidado de niños, mayores y personas en situación de discapacidad. Si mantendremos que eso del “cuidado” es una cuestión ajena a lo público, lo valioso y lo jurídico. Y si queremos seguir afiliados a una teoría económica que constituye, articula y valora sus datos y resultados en torno al precio del consumo y el fin de garantizar la hiperproductividad de réplicas de un agente consumista “mercantilizado”.

Pues bien, y como respuesta sintética: la cerrada adscripción a la mujer del cuidado y la desvalorización pública, jurídica y económica de sus cuidados atenta contra los derechos, los de las mujeres, como trabajadoras y como ciudadanas, y los de las personas que reciben los cuidados, que se ven limitadas en sus posibilidades de desarrollo autónomo y en su consideración de sujetos de pleno derecho. Ni las mujeres son las cuidadoras naturales ni nuestro sistema resiste la negación sistémica de la igualdad de derechos a que conduce mantener fuera de la regulación, o en los márgenes de lo inaceptable, lo privado y el cuidado. Ni la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad se alcanza con la “beneficencia” ni con el modelo asistencial privado no especializado y mal retribuido. Añádase a todo esto, en contra del planteamiento y formateo sistemático, institucional y tradicional y de sus intereses establecidos, que el cuidado puede y debe desarrollarse como una actividad económicamente eficaz.

En consecuencia: considerar la asistencia personal como una actividad privada accesoria, femenina, de cuidado, mal retribuida y no regulada minuciosamente conduce, en particular, a la vulneración de los dos polos de la relación jurídica de la “asistencia personal”, y, en general, a la discriminación de las mujeres y de las personas con menos opciones de acceder a un trabajo bien regulado, retribuido y controlado.

La cerrada adscripción a la mujer del cuidado y la desvalorización pública, jurídica y económica de sus cuidados atenta contra los derechos, los de las mujeres, como trabajadoras y como ciudadanas, y los de las personas que reciben los cuidados, que se ven limitadas en sus posibilidades de desarrollo autónomo y en su consideración de sujetos de pleno derecho

Por todo ello es muy recomendable sostener un modelo normativo de “asistencia personal” centrado en la laboralización, dignificación, aseguramiento y control de quien presta la asistencia y, también, de quien se beneficia de ella como condición de ejecución de sus derechos. Es decir, una asistencia personal que promueva el equilibrio entre las necesidades de la persona en situación de discapacidad y las necesidades de quien realiza la “asistencia personal” para que los derechos de ambas partes gocen de la más alta significación y protección político-jurídica.

El punto en el que nos encontramos respecto de ese objetivo, desgraciadamente, puede resumirse como sigue:

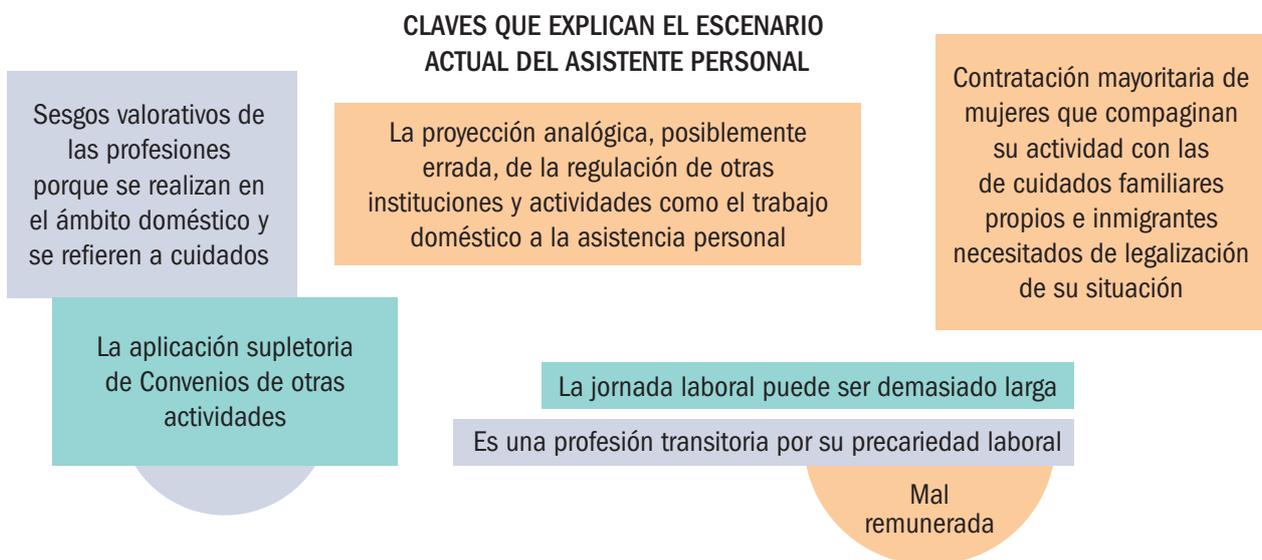
Se carece de regulación en aspectos importantes, Son escasos los medios de ejecución

No hay personal especializado ni para desarrollarla ni para ejecutarla

Sus beneficiarios, sus ejecutores y sus prestadores desconocen en amplia medida su existencia, su consistencia

Sus condiciones, sus objetivos y sus diferencias con otras prestaciones de referencia similar

Y algunas de las claves que explican este escenario actual son: los sesgos valorativos de las profesiones, ya se ha dicho, y que conducen a minusvalorar ciertas actividades porque se realizan en el ámbito doméstico y se refieren a cuidados. La aplicación supletoria de Convenios de otras actividades y la proyección analógica, posiblemente errada, de la regulación de otras instituciones y actividades como el trabajo doméstico a la asistencia personal fomenta unos niveles de precariedad que permiten mantener la asistencia en unos márgenes económicos limitadísimos, lo que a su vez fomenta la contratación mayoritaria de mujeres que compaginan su actividad con las de cuidados familiares propios e inmigrantes necesitados de legalización de su situación. Que la profesión de “asistencia personal” está mal remunerada. Que la jornada laboral puede ser demasiado larga. Que es una profesión transitoria por su precariedad laboral, la presión y el estrés, y su escasa retribución. Al final, una clara desvalorización de los trabajos de apoyo a las personas en situación de discapacidad, quizá incluso, “un pacto oculto”, entre Administraciones y prestadores de servicios, en el sentido de que la Administración no entre a fondo en la exigencia y el control de las ratios de personal y de la cualificación profesional a cambio de abaratar los costes en un contexto de crisis”¹².



Finalmente, a todo esto debe añadirse un asunto importante y que va a actuar como presupuesto y consecuencia de las soluciones que en uno u otro sentido se propongan a los problemas que presenta la AP: la cuestión pendiente de la formación y condicionamientos formativos especiales del AP.

4.1. La discutida formación y/o capacitación de “asistente personal”

Tras introducirse la “asistencia personal” y luchar por su efectiva implantación, se mantiene la disputa sobre lo qué tiene que ser o en qué tiene que formarse un o una “asistente personal” para serlo y poder prestar sus servicios remunerados a una persona en situación de discapacidad, una cuestión a la que incidentalmente se volverá en otros puntos de este informe.

Al tiempo de diseñarse la figura no se exigió formación previa específica ni se diseñaron las situaciones o procedimientos formativos de capacitación, lo que fomentó la disputa entre dos alternativas: no exigir formación especializada más allá de la buena voluntad de quien asiste y su sumisión a la voluntad y necesidad del asistido. O un planteamiento tipo noruego, de alto compromiso estatal con la protección de la libertad del usuario pero que exige una cualificación elevada y con exigencias sanitarias.

La falta de previsión en la cualificación y formación, lógica consecuencia de un diseño que no especificó objetivos y procedimientos, genera el riesgo de vaciar la institución y terminar reduciéndola a ciertas pres-

(12) Gonzalo José Carbonell Aparici. “Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional”, *Trabajo Social Hoy*, nº. 83, 2018, pág. 91.

taciones económicas con las que compensar la escasez de otras o cubrir servicios básicos como limpieza o atenciones sanitarias.

Conforme la figura se fue consolidando en la regulación, la línea española apuntó a la formación sociosanitaria y se desarrolló hacia un incremento de exigencias que en 2017 se concretó en una carta de titulaciones habilitadoras. Si bien esta previsión ha ido dulcificándose y abriéndose sucesivamente, quizá para suavizar las dificultades prácticas de la puesta en marcha y efectiva implantación de la figura, quizá también para atender el reclamo de mayor autonomía para la formación y dirección del asistente por parte del asistido.

En efecto, el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia¹³ llegó a un acuerdo en 2017¹⁴ conforme al que quienes realicen las funciones de “asistencia personal” deben acreditar la cualificación profesional de Atención sociosanitaria a personas en el domicilio, establecida por el Real Decreto 295/2004, 20/02”, previéndose respecto de los “asistentes personales” que las exigencias apuntadas se adaptarían a una regulación a aprobar posteriormente.

En Asturias, la Consejería de Asuntos Sociales dictó la Resolución de 24/05/2022 que refiere los “requisitos de formación del asistente personal” así como su “régimen provisional de formación”. Una normativa que, se desarrollará detalladamente más adelante en este informe, mantiene la acreditación de cualificación profesional de atención sociosanitaria y refiere las distintas titulaciones como instrumentos de capacitación reconocidos. Estableciendo que, Disposición Transitoria Segunda, excepcionalmente y mientras se desarrolla lo establecido en el Acuerdo del 2017 respecto de las exigencias de cualificación profesional, las personas que no dispongan de las titulaciones referidas anteriormente se considerarán acreditadas si, uno, realizan un curso de formación específico en materia de asistencia personal de al menos 50 horas lectivas y, dos, se comprometen, a participar en los procesos de evaluación, acreditación de la experiencia laboral y a realizar la formación vinculada a los correspondientes certificados de profesionalidad o títulos de formación profesional que se determinen.

Un año después, también el 22 de mayo pero del 2023, la Resolución de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales publica el nuevo Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en el que se señala Sin perjuicio de que con posterioridad a este acuerdo se dé aprobación a un certificado de profesionalidad específico o se revisen los existentes para su adaptación, la formación requerida será estar en posesión de cualquiera de las titulaciones o certificaciones profesionales referidas al personal de atención directa de primer nivel¹⁵.

(13) Creado por el artículo 8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

(14) Resolución 11/12/2017, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que modifica parcialmente el Acuerdo de 27/11/2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

(15) Contenidas en el apartado octavo.2.a) del Acuerdo publicado por Resolución, de 28 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales: Técnico en Atención a Personas en Situación de Dependencia, Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería o los títulos equivalentes de Técnico Auxiliar Clínica, Técnico Auxiliar Psiquiatría y Técnico Auxiliar de Enfermería, Certificado de Profesionalidad de Atención Sociosanitaria a Personas Dependientes en Instituciones Sociales, Certificado de Profesionalidad de Atención Sociosanitaria a Personas en el Domicilio, las habilitaciones excepcionales producidas hasta 31 de diciembre de 2022, Certificado de Mediación entre la persona sordociega y la comunidad, Certificado de Educación de habilidades de autonomía personal y social, Certificado de Promoción e intervención socioeducativa con personas con discapacidad, Certificado de Inserción laboral de personas con discapacidad, Técnico Superior en Integración Social. Y, nuevamente, las precisiones excepcionales: hasta que se apruebe un certificado de profesionalidad específico para la asistencia personal y se determine el plazo para su obtención, las administraciones públicas competentes podrán habilitar provisionalmente para prestar dicho servicio a las personas que acrediten, bien experiencia, bien haber recibido una formación básica en materia de asistencia personal, o ambas, en la intensidad que dichas administraciones determinen (art. 19. 4 b).

En consecuencia, se mantiene cierta incógnita sobre formación y capacitación, pues aunque ya se han propuesto ciertas titulaciones y grados especializados sucesivamente, bien por vía de transitorias o de excepción, se acepta la posibilidad de formación con cursos heterogéneos de algunas horas, 50, dependientes del criterio de cada Comunidad Autónoma.

De tal modo que, al final, se fortalece la dialéctica entre las dos expectativas inicialmente apuntadas, o personal muy especializado o personal con buena disposición y una formación breve para realizar la actividad.

Es verdad que se le puede dar más agilidad a la institución si es más fácil convertirse en asistente personal, lo que animaría, quizá, la mayor posibilidad de dirección y control por el asistido y su entorno si se trata de un/una asistente no formado y mal retribuido y en precario. Por esta línea discurre el planteamiento del movimiento de vida independiente, que defiende la formación, pero corta ágil y a disposición de la persona beneficiaria, y que sea la persona con diversidad funcional la responsable de formar a sus propios asistentes personales. Y también el de muchos asistentes personales que ven menos obstáculos para poder prestar el servicio y acceder al mercado laboral y que, en nuestro país, representa bien el Acuerdo del 2017 que posibilita la actividad previa formación de 50 horas.

Sin embargo, con una mayor formación se puede garantizar mayor adecuación y capacidad de incidencia en el desarrollo de la prestación, aunque sea a costa de que ya no puede dedicarse a la asistencia cualquiera en cualquier momento. Una opción que fomenta un sistema de garantías amplio para el asistente y el asistido, a la par que dificulta la aplicación analógica de Convenios relativos a actividades de baja cualificación y bajas retribuciones (como el Convenio de asistencia a domicilio, empleadas del hogar¹⁶, de cuidadores profesionales, de trabajado-

res familiares o de centros y servicios de atención a personas con discapacidad o Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad¹⁷) a la “asistencia personal”. Pues estos Convenios refieren figuras que no tienen “identidad de razón” con un modelo ambicioso y garantista de “asistencia personal”. A lo que se añade que “(t)ampoco se nos puede garantizar que una persona con diversidad funcional, por el simple hecho de serlo, sepa formar a otras personas. Tú puedes saber cómo quieres que te dejen el pelo en la peluquería, pero el peluquero debe saber manejar sus herramientas y tú no le puedes enseñar eso”¹⁸.

En síntesis, las exigencias de formación y capacitación especializadas para la “asistencia personal” son importantes para garantizar la posición de quien trabaja y porque se trata de una institución que debe ser capaz de promover y posibilitar la vida autónoma de una persona en situación de discapacidad. Así, debe establecerse el acuerdo de funciones, respetarse los derechos laborales y personales del asistente que trabaja, impulsarse el muy amplio elenco de derechos de la persona asistida, modificarse el acuerdo

Se mantiene cierta incógnita sobre formación y capacitación, pues aunque ya se han propuesto ciertas titulaciones y grados especializados sucesivamente, bien por vía de transitorias o de excepción, se acepta la posibilidad de formación con cursos heterogéneos de algunas horas, 50, dependientes del criterio de cada Comunidad Autónoma

(16) En efecto, una de las vías por la que se trata de paliar la falta de regulación es entendiendo que en el art. 1.4 del Real Decreto 1620/2011, 14/11, de asistencia del hogar cabe la “asistencia personal” al tratarse de “cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos”.

(17) Referido a los trabajadores de empresas de atención y servicio a personas con discapacidad y que señala en su art. 63 que “(l) as empresas tienen la competencia de organizar, planificar y decidir la formación más adecuada a cada puesto de trabajo, teniendo en cuenta los criterios que plantea la comisión sectorial de formación”. Pero tampoco aquí cabe la “analogía”, porque no hay “identidad de razón” entre la actividad de asistencia personal para la vida independiente y la actividad de los trabajadores y trabajadoras de un centro o servicio de prestación de servicios para la atención a las personas en situación de discapacidad.

(18) Mercedes López-Pérez, Carmen Álvarez-Nieto. “La asistencia personal en España. Perspectiva de sus protagonistas: personas beneficiarias, responsables de la asistencia personal de las entidades proveedoras y asistentes personales”, *Trabajo Social Global*, vol. 10, nº. 19, pág. 248.

de funciones y ajustándose las actividades en el desarrollo de la función, sustentar las garantías y eficacia de la prestación, etc. Formación especializada que también debe completarse con cierta formación de quien es asistido y de sus asistencias familiares, judiciales y curadores.

4.2. El trabajo decente, la dignidad y la “asistencia personal”: los límites de la indecencia laboral

El Objetivo 8 de Desarrollo Sostenible es el “trabajo decente”. Una decencia laboral que viene a reemplazar la anterior aspiración de dignidad laboral. Y es que, el trabajo es o no decente dependiendo de las condiciones de la prestación del servicio, mientras que la dignidad se refiere a las dos personas involucradas en la relación de trabajo, el o la asistente y la persona en situación de discapacidad.

El problema es que lo que jurídicamente es y debe proteger el concepto de trabajo es cuestión discutida. Y que dependiendo del concepto de trabajo que se maneje se considerará la asistencia personal un trabajo o no y de un tipo y condiciones o de otro. Cuestión esta de la regulación laboral que se desarrolla pormenorizadamente en la tercera parte de este informe.

Todo trabajo jurídicamente reconocido refiere el pago por unos frutos a los que el trabajo a su vez trasciende hasta llegar a la actividad que los produce, pero para trascender también a esa actividad productiva hasta vincularse a la persona que la realiza. Así, aunque el trabajo propio a la relación jurídica contractual es un objeto distinto de la persona que lo realiza, esta distinción es “relativa” al vincularse quien actúa con su actividad. Es esta indisolubilidad la que condiciona la “decencia” del trabajo a realizar, a la par que, en sentido negativo, califica la indignidad de formas de articular jurídicamente ese vínculo p.ej., como esclavitud o servidumbre.

A este respecto es un tópico jurídico señalar que la solución contemporánea y el avance histórico está en “mantener la distinción trabajador - trabajo” y exigir que la decisión de realizar la actividad para otro sea “una decisión jurídicamente libre y voluntariamente adoptada”.

Pero estas dos ideas, de voluntariedad y distinción entre el trabajo y quien lo realiza, se vuelven discutibles en general en los contextos muy complejos, tecnicados, de alta movilidad y volatilidad actuales, y en particular en relaciones tan complejas y sensibles como la de “asistencia personal”.

Por eso es crucial fortalecer en todo momento las garantías laborales y contractuales en favor de los derechos de las partes.

Los requisitos esenciales de existencia del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1261 CC); y lo que cada una de estas condiciones contractuales “exija” sustantivamente en relación con la “dignidad” de quien trabaja dará la medida de la decencia o indecencia de la relación laboral.

En su sentido objetivo, la causa es la finalidad económico-social o práctica que el ordenamiento jurídico atribuye al contrato de trabajo. Y, en su sentido subjetivo, es la expresión de la voluntad de cada contratante de vincularse al otro.

Cuando los requisitos de la validez causal del art. 1276 CC, la licitud y la veracidad, se observan a la luz de los diferentes grados e intensidades normativas de los derechos fundamentales, lo lícito no es solo lo no contrario a lo legal, sino también lo que encaja en las condiciones axiológicas de configuración y desarrollo de la vida digna que actúa como referente de concreción de los derechos del trabajador y la trabajadora. En este contexto, las condiciones de validez contractual del art. 1255 CC son centrales respecto del reconocimiento de cada persona y sus derechos también en el ámbito laboral. Pues se exige que el contrato, en nuestro caso de trabajo, no sea contrario a la ley, la moral y un orden público que, en un Estado social de Derecho avanzado, es el orden político de los derechos, la moral constitucional, el pluralismo y el reconocimiento del otro en sus derechos, el del art.10 CE.



Por todo ello, y en síntesis, la “decencia” como condición sustantiva del trabajo a realizar exige una ambiciosa concreción de la voluntariedad respecto del objeto y de la causa. Y unas garantías fuertes de respeto recíproco a los intereses y derechos de ambas partes, laborales, fundamentales, de intimidad, de secreto profesional, y de libre desarrollo de la personalidad e integridad de ambos.

Y entre esos derechos y condiciones contractuales se encuentra la contraprestación contractual o retribución laboral por el trabajo de asistencia personal que se realiza y otros beneficios y garantías laborales.

En este sentido, determinar el valor que tiene la asistencia personal es importante. Pues si ese valor es escaso y se entiende que es una actividad secundaria, accesoria, etc., el interés y garantías de su regulación serán igualmente escasos.

Marx, que tanto bebió del idealismo Hegel, de su dialéctica y de su visión de la historia, define el trabajo en función de un mercado capitalista que lo valora por su capacidad de generar plusvalías que revierten sobre el mismo capital productivo y no sobre el elemento humano del trabajador o la trabajadora que impulsa y posibilita esa producción. Y, es verdad, la identificación del trabajo, de su valor, con el precio de mercado de su producto se ultima con el capitalismo.

Ahora bien, lo valioso ni se corresponde positivamente ni tiene por qué corresponderse con el valor de mercado. Y no porque exista alguna forma extravagante de convertir lo que no vale en lo que sí, sino porque el precio mercado viene determinado por un conjunto de prejuicios, intereses y sesgos que invalida su función de tasación. Ya antes se apuntaba el de atribuir a la mujer el ámbito privado del cuidado y definir el concepto el trabajo y su modelo contractual exclusivamente en el ámbito público.

En efecto, el precio de mercado no se corresponde con “algo” valioso en sí, sino que depende de pugnas ideológicas y múltiples variables de difícil justificación y control referidas a grupos y políticas distributivas y que tienden a la agrupación económica y no a la redistribución.

Así, para que el contenido de la decencia laboral vaya más allá de los tópicos acerca de las actividades realizadas en favor de otros, y para que podamos profundizar en ello a partir de una dialéctica centrada en los derechos subjetivos, fundamentales y humanos en el ámbito de relaciones privadas hay que enfrentarse a muchas de las dogmáticas del de-



ber, del interés, de la positividad, a viejos cánones y a instituciones firmemente establecidas.

A partir del primer tercio del s. XIX las legislaciones laborales fueron incorporando medidas tíbiamente protectoras de los obreros relacionadas con la protección de riesgos y de los menores frente a actividades peligrosas o seguros frente a actividades de trabajo, etc. aunque con un recorrido arduo. A partir de ahí la “cuestión social” se fortaleció en todos los ámbitos, y en lo laboral dio buena cuenta de la insatisfacción vital que resultaba de jornadas demasiado largas, salarios demasiado bajos, condiciones laborales inaceptables, falta de vivienda, etc.

Sobre estos presupuestos, el concepto de trabajo y su caracterización importa por su capacidad de incidencia en el conjunto de nuestras condiciones cotidianas de las personas, definen su estatus vital y condicionan su posibilidad de realizar en igualdad los derechos.

Llegados al primer cuarto del s. XXI la fundamentación y caracterización del trabajo mantiene su importancia y controversia. En particular, porque parece ya probado que el mercado y la tradición presionan para abandonar en los márgenes de la regulación a los “asistentes personales”, con jornadas largas, sueldos insuficientes, condiciones laborales incontroladas y desarrollo semi benéfico en el ámbito privado, por propio de las mujeres y de sus cuidados.

4.3. La dignidad como eje jurídico de la “asistencia personal”

La conclusión de lo anterior podría resumirse en que el Derecho formula en sus previsiones normativas e interpretativas las claves ideológicas y de interés de ciertas pretensiones en detrimento de otras. Cuando se trata del trabajo decente, el Derecho impone sus condiciones sociales de justicia, laboral conforme a ciertas teorías, presunciones y definiciones del trabajo, de quien trabaja, de sus condiciones, necesidades, garantías, aspiraciones, derechos y obligaciones.

Ahora bien, en el actual modelo constitucional de Estado de Derecho, los derechos de las personas, los de las y los trabajadores y la justicia social ya no pueden abandonarse a la idea simple de que el trabajo, en particular el del trabajo del “asistente personal”, consiste en que alguien emplea cierto tiempo y esfuerzo a favor de otro a cambio de alguna remuneración. El trabajo debe ser “decente”, entendida la decencia en el contexto de los derechos constitucional y jurídicamente protegidos y de la dignidad del “asistente personal” y del “asistido” como criterio regulativo de la articulación y protección de los derechos de las partes.

Más arriba se hablaba de la dignidad de la persona en situación de discapacidad y en relación con su derecho fundamental a una vida independiente. Y ahora se destaca cómo la dignidad personal sirve de referente y criterio de racionalización y justificación de la regulación jurídica de la “asistencia personal” como un “trabajo decente” que se pone al servicio de la “dignidad” del “asistente personal” pero también de quien es asistido.

De la “dignidad en general” aquí interesa su dimensión político jurídica reivindicada en los procesos y el código de Nüremberg que suceden al fin de la II Guerra Mundial, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) que proclamaba en 1948 que la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo depende del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (Preámbulo):

Que “(t)odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1)

Que “(t)oda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (art. 22)

Y que “(t)oda persona tiene derecho al trabajo... a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo... sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual...” (art. 23)

Afirmaciones estas centrales, pues, a la protección de los derechos de los dos polos de la “asistencia personal”, asistente y asistido y que apuntala el pórtico de protección constitucional de los derechos y la dignidad que se desarrolla en los años posteriores con los Pactos por los Derechos Civiles y Políticos y Sociales y Económicos de 1966, integrando la “Carta Internacional de los Derechos Humanos”, y que avanza en el moderno reconocimiento de la persona en su dignidad y no en su biología, género, color, etnia, condición política de pertenencia, etc. por su parte, la Carta Europea de los Derechos Humanos 2000/C 364/01 titula su capítulo I con la dignidad demostrándose como fundamento de los derechos humanos en su conjunto, pero también como un derecho autónomo recogido en su art. 1. Igualmente, la normatividad constitutiva de la dignidad de quien trabaja se deriva de la Carta Social Europea:

Todos los trabajadores tienen derecho a un ejercicio efectivo a la protección de su dignidad, art. 26.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo Título I de la Dignidad refiere los derechos a la dignidad, que es inviolable y que debe ser respetada y protegida, la integridad, la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos degradantes y la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Estableciendo el TJUE como máximo intérprete de la Carta que la dignidad no es solo un principio sino también un derecho fundamental directamente aplicable, como demuestra su directa invocación por el TJUE en variadas sentencias, y que también actúa como condición y límite de otros derechos.

El CEDH de 1950 no refiere explícitamente la dignidad, aunque sí lo hace por relación al vincularse en su Preámbulo a la DUDH, y es en este mismo sentido en el que se ha pronunciado el TEDH que asume su contenido en el CEDH respecto del que se pronuncia y al que protege "no solo vinculando la dignidad con la interpretación de determinados derechos, sino reconociendo en ese mismo concepto y en la libertad humana las bases esenciales del Convenio", tal como reitera, p.ej., en *Christine Goodwin v. Reino Unido*, 11-07-2002, en *Pretty v. Reino Unido*, 29-04-2002 y en *El-Masri v. Ex-República Yugoslava de Macedonia*, 13-12-2012.

Y ya en el nivel constitucional interno, aunque la dignidad, del art. 10 CE, no pertenece al apartado de los derechos fundamentales, sí debe entenderse como un "valor espiritual y moral inherente a la persona", STC 53/1985 (FJ 8), normativo y necesariamente ejecutivo como referente de los derechos fundamentales como ya establecía la STC 120/1990 (FJ 4). Y como un verdadero derecho fundamental por efecto del Derecho Europeo. De tal forma que la dignidad actúa de fundamento de orden político y la paz social y es expresiva de los derechos inviolables que le son inherentes, según el art. 10 CE. Por eso, el Estado social de Derecho tiene la obligación de garantizar una posibilidad densa y real de ejercicio y cumplimiento de los derechos, removiendo los obstáculos que impiden que cada persona acceda en pie de igualdad a la dignidad o igual posibilidad de cada cual de poder elaborar y perseguir una concepción propia de la vida buena y justa para sí. Planteamiento directamente aplicable las relaciones privadas y que tiene gran importancia respecto del "asistente personal" y la persona asistida.

En consecuencia, la dignidad es la condición que preside la relación entre dos personas, asistente y asistido/a, y que actúa como criterio de justificación y guía normativa de la "asistencia personal" a partir de la "estrategia de las 3R":



El "reconocimiento" da cuenta de la imagen que cada cual, "asistente personal" y "asistido", tiene de sí mismo y de los otros y el que los demás tienen de aquel. Por eso el "reconocimiento" es fundamental para establecer una adecuada regulación de la asistencia personal. Como el "reconocimiento" individual depende del reconocimiento social, y este incorpora múltiples factores y valoraciones de género, etnia, clase edad, etc. que se escapan de nuestro dominio, al proceder de narraciones tradicionales, capitalistas, de poder e interés que surgen a las personas reales en una red de prejuicios perjudiciales, es imprescindible cambiar las narrativas, los narradores el guion y el final de las historias que nos dan sentido a nosotros y a las instituciones jurídicas. Un cambio sustancial, una "re-significación" de los discursos que sirva para reconocer al "asistente" y al "asistido" y para descubrir sus vulnerabilidades, humillaciones y faltas de respeto cotidianas, o reconocimientos fallidos, y las formas de superarlas, reescribiendo las narrativas ocultadas y sancionadas social, política y jurídicamente y fijan las modernas formas de miseria, precariedad o servidumbre laboral.

Pero el "reconocimiento" y la "resignificación" no son posibles sin una adecuada "redistribución" de recursos, R2. Pues las distintas claves de la vulnerabilidad de género, etnia, edad, ideología, etc., ya están segmentadas por los reclamos económicos de clase y de redistribución en una forma compleja que nos advierte de que la

discriminación es un todo poli causal de fuerte componente hereditario y respecto de la que la injusticia distributiva generalmente es causa y consecuencia de una injusticia global asentada sobre intereses, prejuicios y falacias que derivan en la falta de reconocimiento de ciertos sectores. Por eso, las políticas redistributivas deben incluirse en el contexto de reconocimiento laboral de una forma ambiciosa que enfrente el conocido binomio miseria/privilegios tradicionales. Y por eso es tan importante la revolución laboral y cultural que permita conciliar, “laboralizar” y “rentabilizar” los cuidados en favor de los derechos y de la igualdad de todas y todos los ciudadanos. Porque igual que una determinada línea de decisión económica proyecta sus efectos sobre la posibilidad de realización de los derechos de las personas, a la inversa, el efecto del reconocimiento de las personas, de quien trabaja como “asistente personal” y de las personas en situación de discapacidad, actúa sobre la distribución.

Por todo ello, a su vez, es imprescindible abordar, profundizar y promover una “representación”, R3, que no co-sifique a las personas y que promueva la participación representativa de asistentes y asistidos en la adopción de las decisiones los actores y agentes sociales afectados por las normas, directa o indirectamente.

La asistencia personal de los niños, niñas y adolescentes y de las personas mayores

Los niños, niñas y adolescentes y las personas mayores son titulares de todos los derechos y de la dignidad en los mismos términos que los adultos. O, dicho de otra forma, todos somos titulares de todos nuestros derechos y de nuestra dignidad en todas las etapas, momentos y circunstancias de la vida. Y esto tiene una importancia capital respecto de la institución de la asistencia personal. Pues como la asistencia personal es una institución orientada a garantizar la efectiva posibilidad de realizar nuestros derechos en pie de igualdad, al margen de nuestras características o condiciones, los niños niñas y adolescentes y las personas mayores tienen pleno derecho a la “asistencia personal”.

El momento la forma y la extensión de esa asistencia personal, sin embargo, adquiere ciertos matices en función de la necesidad que los niños, niñas y adolescentes tienen de protección, en general, y las necesidades propias a la situación de discapacidad concreta que el niño o la niña tenga en particular. Pero unos matices que en ningún caso vienen a cuestionar la figura, necesidad y adecuación de la “asistencia personal” en la infancia y adolescencia, sino a advertir del especial cuidado y celo con que se debe seleccionar el/la asistente personal y elaborar su plan laboral de actuación.

Al diferenciar la figura del asistente personal de la del cuidador, profesional o no, y de la asistencia doméstica, se aclaran las funciones y los tiempos de la asistencia personal que, en amplia medida se relaciona en las etapas tempranas de la vida con los estudios, el deporte, actividades de ocio y culturales, y relaciones sociales, es decir, con todas aquellas dimensiones que dan cuenta del modelo que general e institucionalmente se ofrece a todos los niños, niñas y adolescentes para disfrutar de sus derechos conforme a su edad y prepararse para tomar sucesivamente las decisiones y direcciones propias a una vida autónoma.

En este sentido, la barrera de los tres años es importante en el sistema español, porque es la edad de escolarización, voluntaria, y en la que se empiezan a forjar los lazos intelectuales, sociales y a desarrollar las actividades públicas y privadas que determinan lo que cada niño y cada niña va a poder ver, entender, actuar y disfrutar la realidad. En el colegio se juega, se aprende, se relaciona, comienzan as actividades extraescolares, ajedrez, baile, baloncesto, piano, cumpleaños y fiestas con compañeros, comedor escolar y un largo etcétera de actividades que avanzan y cambian con los años y a las que todos los niños y niñas tienen derecho.

(19) Al margen de si se trata de competencia exclusiva o de desarrolla en cada Comunidad Autónoma, la Ley 39/2006, 14/12, de promoción de la autonomía personal y atención a las Personas en Situación de Dependencia señala en su artículo 11 que corresponden a las Comunidades Autónomas, entre otras, las funciones de planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia; gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de las personas en situación de dependencia; y asegurar la elaboración de los correspondientes programas individuales de atención.

Por eso la figura del asistente personal aquí y desde los tres años es imprescindible, tanto para hacer y desarrollarse como para ser protegidos; enseguida vuelvo a esto último.

Y por eso vaciar la asistencia personal en los niños y niñas o transformarlo en una figura terapéutica y diferente al asistente personal es un error. Sucede, p.ej.¹⁹, cuando se diferencia la “persona profesional de Asistencia Personal (PAP), para personas entre 18 y 64 años” y la “Persona profesional de Asistencia Terapéutica Infantil (PATI), para menores de 18 años”.

Este tipo de distinciones parten de, y fomentan una confusión, al menos, por tres razones: porque se reserva el término de Asistencia Personal para las edades entre 18 y 64 se llama PATI, o de asistencia terapéutica para quienes aún no alcanzaron los 18. Porque excluir la asistencia personal de las personas mayores de 64 años, es tanto como negar a este sector de edad el derecho a una vida autónoma en la discapacidad. Y porque se cae en un “edadismo” marcado por una comprensión *homo laboris* (heredero del *homo faber*) de dignidad que ni es acorde con un proyecto integral de la protección de los derechos, ni tampoco se corresponde con una visión casuística de la situación de las personas.

Bien es cierto que la legislación general no impone los 3 años, aunque sí hay referencias importantes a ella. Pej., la que fija la Escala de Valoración Específica (EVE) para personas de 0 a 3 años y el Baremo de Valoración de la Dependencia (BVD) para personas de más de 3 años”. Y sí es la edad que imponen normativamente algunas Comunidades Autónomas para poder comenzar a disfrutar de la “asistencia personal”, entre ellas el Principado de Asturias²⁰, que establece la titularidad de los derechos de dependencia y prestaciones a partir de los tres años, en el Decreto 4/2023, 27/01, y después desarrolla la prestación para contratación del asistente personal sin limitación de edad, aunque fijando el requisito de “capacidad de decisión o autodeterminación para señalar los apoyos que requiera, ejercer su control e impartir las instrucciones necesarias, por sí, o a través de su representante legal”.

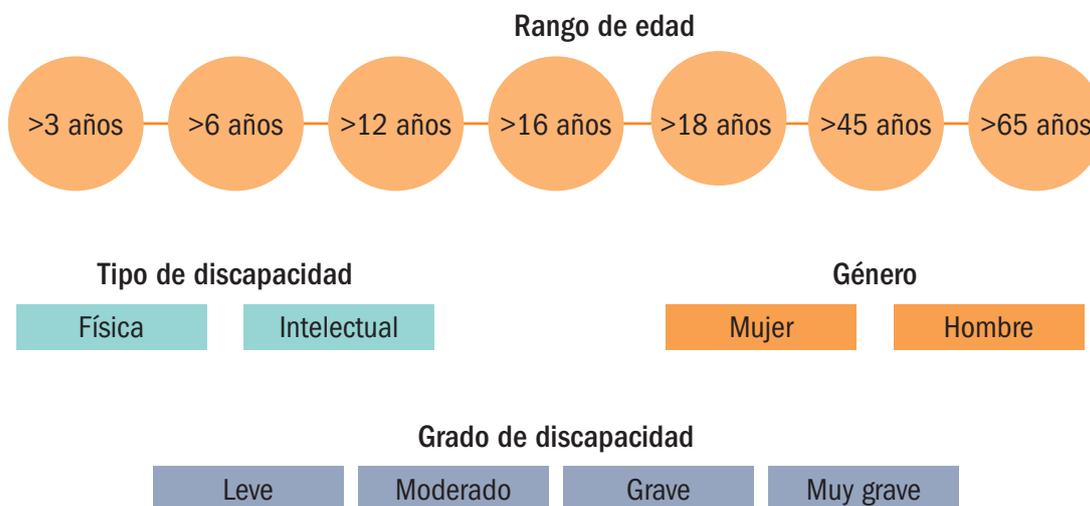
En síntesis, la “asistencia personal” debe poder activarse desde los tres años y sin límite de edad para los mayores, debiendo analizarse su posibilidad y necesidad de forma personal individualizada

La edad es un factor de vulnerabilidad, una “condición sospechosa” de generar discriminación y el deber político jurídico público es luchar activamente contra la estructural convicción y práctica de la discriminación por razón de edad, la de los mayores y la de los pequeños. Y no es una opción, pues el concepto conjugado de la igualdad formal, la que proclama que todos y todas somos iguales en derechos y cargas, al margen la edad o la discapacidad, es la igualdad material impuesta por el art. 9.2 CE conforme al que el Estado y el Derecho deben remover los obstáculos que impiden disfrutar en pie de igualdad de los derechos. Excluir de la asistencia personal a mayores de 64 podría ser discriminatorio. Y convertir la asistencia personal de niños, niñas y adolescentes en asistencia terapéutica, como promueve esa misma normativa, también.

En síntesis, la “asistencia personal” debe poder activarse desde los tres años y sin límite de edad para los mayores, debiendo analizarse su posibilidad y necesidad de forma personal individualizada. Y siendo muy consciente de lo difícil que es elaborar el plan de actividad que favorece la autonomía personal y la posibilidad de ejecutar un proyecto de vida independiente conforme a la edad y situación de discapacidad en que nos encontremos. Un marco de estas dificultades en el que se van desarrollando las condiciones específicas propias a cada condición de diversidad, según el tipo de discapacidad, física, intelectual, grado, etc., según la edad, mayor de 3, de 6, de 12, de 16, de 18, 45, 65, etc., según el género, etc.

(20) Que asume la ejecución de la legislación estatal en materia de servicios sociales en el art. 12 de su Estatuto Autonómico.

ADAPTACIONES DE LA ASISTENCIA PERSONAL DESDE LA INFANCIA



En particular, y en este contexto, un elemento importante de la discriminación por edad que se agrava por la situación de discapacidad es la violencia sistémica a la que se enfrentan niños, niñas y adolescentes.

Esto recomienda contemplar la “asistencia personal” en la infancia y adolescencia también a través de la Ley Orgánica 8/2021, 04/06, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPINIAV). Una ley que trata de afrontar el complejo entramado de la violencia doméstica, violencia y/o la intimidación escolar, intimidación, violencia y/o promoción de conductas dañinas de las redes, agresiones sexuales en todas sus formas, violencia de género, menosprecio cultural, etc. que pueden convertir la infancia y la adolescencia en la peor etapa de la vida de quienes tienen poca edad. Y lo hace con variadas afirmaciones programáticas y normativas que precisan ser diseñadas, articuladas, financiadas y comprobadas en su efectividad para dar efectivo cumplimiento a lo que la norma pretende.

En este sentido, una función esencial que cumple esta Ley es proclamar normativamente que los viejos espacios de seguridad y felicidad infantil, frente a los que muchas veces se cerraban los ojos so excusa del natural desarrollo de la intimidad familiar y de la eficaz socialización con otros niños y niñas, el desarrollo deportivo, etc., son/pueden ser ámbitos peligrosos, dañinos y social, política y jurídicamente inaceptables.

La LOPINIAV da una nueva regulación a los delitos de odio del Código Penal (arts. 22.4, 314, 511, 512 y 515.4) incorporando la edad como “una causa de discriminación” (Preámbulo II LOPINIAV, DF. IV) contra los niños, niñas, adolescentes y personas longevas.

Y aunque las pretensiones de la ley son claras, es recomendable destacar que la causa de la discriminación no es la edad, ni la poca ni la mucha, una niña, un adolescente, una mujer de edad avanzada, una niña en situación de discapacidad, etc., no están/son “dañados”/discriminados, aunque sí pertenecen a un grupo vulnerable. La causa de discriminación está en el conjunto de discursos culturales, religiosos, políticos, jurídicos y económicos que informan y forman a la sociedad y a quienes discriminan.

Y no es cuestión de estilo lingüístico. Porque situar la causa de la discriminación en el discriminado conduce a propuestas más orientadas a protegerle de sus propias características y condiciones que a articular políticas de prevención, elusión y reparación centradas en los terceros que causan el daño. Mientras que si se entiende que la “causa” de la discriminación no reside en quien es discriminado sino en quien discrimina y en los discursos que informan su actuación -por más que sea la vulnerabilidad la que dificulta su autoprotección y res-

puesta frente a los actos que le discriminan- es más fácil contemplar e impulsar los instrumentos y medidas de actuación centradas en la prevención y en la modificación y corrección del discurso social y cultural de quienes discriminan y violan los derechos, libertades y posibilidades de desarrollo de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de discapacidad.

Es verdad que el concepto de vulnerabilidad jurídica es complejo y aun se complica cuando los factores de vulnerabilidad se intersección y acumulan: infancia, persona mayor, discapacidad, género, etnia, falta de recursos, etc. se multiplican las consideraciones y valoraciones negativas que alientan prácticas discriminatorias p.ej., bullying escolar, imposibilidad de practicar deportes o actividades artísticas, exclusión de mayores de la asistencia personal, etc.

Por eso el asistente personal es una figura fundamental al servicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de cualquier condición que tiene por finalidad garantizar la igual posibilidad de acceder a sus derechos y a posibilidad real decidir y actuar su propia concepción de la vida buena de cada cual.

A este respecto, la LOPINIAV destaca la idea de la educación de los menores para que no se conviertan en los que acaben consumando el daño de los niños y niñas vulnerables, e insiste para ello en los objetivos de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que promovió los protocolos de actuación frente a indicios de abuso y maltrato, acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio, autolesión y cualquier otra forma de violencia, pero que precisan de actuaciones complementarias.

En este sentido, "la educación" en el respeto y los derechos en favor de quienes tienen menos edad cumple la triple función de, uno, formar a los adultos (familia, tutores, personal de la administración, adultos en contacto con niños y niñas, cuerpos de seguridad, educadores, profesores e instituciones universitarias: LOPINIAV) en el respeto escrupuloso a los niños, niñas y adolescentes en sus derechos, integridad y bienestar; dos, formar a los menores en el respeto a, y la colaboración con otros niños y niñas lo que, a su vez, redundará en que los adultos que hoy son niños estén formados en el respeto al otro vulnerables; y, tres, formar a los niños y las niñas en la clara consciencia de su vulnerabilidad y en la posibilidad de identificar todos los factores y situaciones de daño y discriminación y así poder enfrentarlos y responder ante ellos.

A este respecto, la LOPINIAV destaca la idea de la educación de los menores para que no se conviertan en los que acaben consumando el daño de los niños y niñas vulnerables, e insiste para ello en los objetivos de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que promovió los protocolos de actuación frente a indicios de abuso y maltrato, acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio, autolesión y cualquier otra forma de violencia, pero que precisan de actuaciones complementarias.

En este sentido, "la educación" en el respeto y los derechos en favor de quienes tienen menos edad cumple la triple función de, uno, formar a los adultos (familia, tutores, personal de la administración, adultos en contacto con niños y niñas, cuerpos de seguridad, educadores, profesores e instituciones universitarias: LOPINIAV) en el respeto escrupuloso a los niños, niñas y adolescentes en sus derechos, integridad y bienestar; dos, formar a los menores en el respeto a, y la colaboración con otros niños y niñas lo que, a su vez, redundará en que los adultos que hoy son niños estén formados en el respeto al otro vulnerables; y, tres, formar a los niños y las niñas en la clara consciencia de su vulnerabilidad y en la posibilidad de identificar todos los factores y situaciones de daño y discriminación y así poder enfrentarlos y responder ante ellos.

Al entenderlo así se desplaza la idea de la beneficencia en favor de la noción fuerte de derechos, técnicas e instrumentos jurídicos y políticos que se ponen al servicio del vulnerable. Algo fundamental pues, como destaca la Ley 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, "los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son sujetos especialmente sensibles y vulnerables a esta tipología de violencia, expuestos de forma agravada a sus efectos y con mayores dificultades para el acceso, en igualdad de oportunidades, al ejercicio de sus derechos".

PARTE II

Marco constitucional de la asistencia personal

1. El fundamento constitucional de la asistencia personal.
2. El marco competencial y las condiciones básicas que garantizan la igualdad.
3. La persona destinataria de la asistencia personal: autonomía, libre desarrollo de la personalidad y asistencia personal.
4. El derecho a la intimidad personal y familiar, la protección de datos y la asistencia personal.

Esta segunda parte del informe tiene por objeto **examinar el marco constitucional de la asistencia personal**. Se abordará en primer lugar el fundamento constitucional de la asistencia personal como herramienta al servicio de la consecución de la igualdad real y efectiva proclamada en el art. 9.2 de la Constitución Española en conexión con el principio de dignidad humana, enlazando con lo ya señalado en la primera parte de este informe.

A continuación, se estudiará el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a los efectos de identificar las bases competenciales estatales que permitan garantizar un contenido mínimo a la figura de la asistencia personal.

Finalmente, desde la perspectiva iusfundamentalista, se analizará en primer lugar la cuestión de la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en conexión con el fundamento filosófico de la asistencia personal en tanto que herramienta al servicio de la vida independiente y el libre desarrollo de la personalidad; cerrando este apartado con la referencia a la especial protección del derecho a la intimidad personal y familiar de la persona que recibe la asistencia personal.

1 El fundamento constitucional de la asistencia personal

El art. 9.2 de la Constitución Española establece que los poderes públicos tienen la obligación de *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

La redacción de este artículo da cuenta del alto nivel de exigencia depositado en nuestros poderes públicos, de los que se espera una actitud proactiva cuyo objetivo ha de ser el efectivo disfrute de una ciudadanía plena por todas las personas. No se trata, por tanto, de garantizar tan solo unas mínimas condiciones materiales para una vida digna, sino de abordar de manera integral y holística todos los aspectos -políticos, económicos, sociales y culturales- que pueden formar parte del proyecto vital de las personas en el marco del libre desarrollo de la personalidad protegido por el art. 10 de la Constitución.

Este ambicioso planteamiento se concreta, en el caso de las personas con discapacidad, en el art. 49 de la CE, que -con una dicción que debería sonrojar a los miembros de las Cortes Generales, que no han aprobado aún la reforma del texto para adecuar la terminología a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006-, establece que *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*.

En 2007, España ratificó la citada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad que, en consecuencia, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y resulta de obligado cumplimiento, al disponer nuestro art. 96 CE que los tratados internacionales *“válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. 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”*.

La especial relevancia que nuestra Constitución otorga al ámbito internacional a la hora de configurar los derechos fundamentales queda patente en el art. 10.2, según el cual “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”. De esta manera, no solo la Convención de 2006 ha pasado a integrar nuestro ordenamiento, y a sus normas hay que reconocerles la misma jerarquía que a las leyes, sino que la propia Convención debe ser considerada como canon interpretativo de los derechos de las personas con discapacidad para nuestros tribunales.

Como ya se indicó en la primera parte del informe, según el art. 19 de la Convención, las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Es en el marco de este derecho en el que entra en escena la asistencia personal:

Los Estados Parte 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 y para evitar su aislamiento o separación de ésta;*

Señala la Observación general núm. 5 (2017) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativa al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, que este derecho “se basa en el principio fundamental de derechos humanos de que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y en derechos y todas las vidas tienen el mismo valor” (parágrafo 2).

Partiendo del reconocimiento de que las personas con discapacidad son titulares de derechos -cuestión sobre la que se profundizará más adelante-, el derecho a vivir de forma independiente e inclusiva en la comunidad forma parte de las exigencias de las personas con discapacidad, “que reivindican ejercer el control sobre la manera en que quieren vivir, mediante la creación de formas de apoyo que potencien el pleno ejercicio de sus derechos, como la asistencia personal” (parágrafo 4).

La asistencia personal es así definida como aquel “apoyo humano dirigido por el interesado o el *usuario* que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente”, que necesariamente debe caracterizarse, entre otras cuestiones, por ser un servicio “controlado por la persona con discapacidad” que ejerce “plenamente la libre determinación y el control de sí misma” -incluso mediante el apoyo para la toma de decisiones-, y que genera una “relación personal” (parágrafos 16 y 17).

En cuanto al ámbito material de prestación de este apoyo, y como no podía ser de otra manera, se explicita en esta Observación la perspectiva integral de ciudadanía a la que ya se hizo referencia en el marco del art.9.2 de la Constitución Española, según la cual los derechos humanos van más allá -también en el caso de las personas con discapacidad- del derecho a un nivel de vida adecuado, ya que “no se limitan a los servicios prestados en el hogar, sino que es necesario que también puedan extenderse a las esferas del empleo, la educación y la participación política y cultural, la potenciación de la función parental y la capacidad de llegar a los familiares y otras personas, la participación en la vida política y cultural, los propios intereses y actividades de ocio, y los viajes y las actividades recreativas” (parágrafo 29). De esta manera, se evidencia que la libertad de elección y el rechazo a un estilo de vida predeterminado son contenido esencial del derecho de las personas con discapacidad a una vida independiente e integrada en la comunidad, para la cual la asistencia personal se configura como una herramienta idónea.

A nivel legislativo, la función de la asistencia personal se ha recogido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LAPAD), cuyo art. 19, ya mencionado en la primera parte de este informe, la define como una prestación económica que tiene como finalidad “la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”.

La dicción de este artículo resulta, a todas luces, reduccionista frente al paradigma constitucional internacional al que se ha hecho mención previamente. Es cierto que la ley incluye dos ámbitos de indiscutible relevancia, como son el educativo y el laboral. Señala la Observación núm. 5 que “la existencia de servicios de apoyo individualizado, incluida la asistencia personal, suele ser un prerrequisito para el disfrute efectivo del derecho al trabajo y el empleo” (parágrafo 91), reconocido en el art. 27 de la Convención de Naciones Unidas de 2006. Respecto del derecho a la educación inclusiva, garantizado por el art. 24 de la Convención, la Observación núm. 5 apuesta por una educación inclusiva que se desenvuelva en el marco del sistema general educativo, tal y como desarrolla de manera específica la Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, aprobada también por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo, más allá del derecho a la educación y al acceso al trabajo, la LAPAD limita la asistencia personal a “las actividades básicas de la vida diaria”, definidas en el art. 2.3 de la propia ley como “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”.

De esta manera, se dejan fuera del ámbito cubierto por la asistencia personal actividades cotidianas para la mayoría de las personas, como son la práctica deportiva o el disfrute del ocio, configuradas por la Constitución como principios rectores de la política social y económica (art. 43.3); e incluso aspectos centrales del libre desarrollo de la personalidad -como pueden ser, por citar solo un par de ejemplos, la participación política o el disfrute de la libertad religiosa- que gozan, en nuestra norma constitucional, de la máxima protección iusfundamental (arts. 23 y 16 CE, respectivamente). No está de más recordar que, en particular, el disfrute del derecho al sufragio activo por las personas con discapacidad intelectual ha sido especialmente problemático en España. En 2011, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas escribió en su informe, con relación a España: “Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción (...). El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto”¹. Finalmente, la presión internacional y de las propias asociaciones motivó en 2019 la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, suprimiéndose el apartado que preveía la posibilidad de privar del ejercicio del derecho de sufragio en el marco de una declaración de incapacitación.

Tal y como afirma la Observación núm. 5, el derecho a la vida independiente protegido por el art. 19 de la Convención de Naciones Unidas “se refiere tanto a los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales y culturales, y es un ejemplo de la interrelación, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos. El derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad solo puede lograrse si se hacen efectivos todos los derechos económicos, civiles, sociales y culturales establecidos en esa norma”. En este sentido, desde el movimiento de vida independiente, en cuyo marco se teoriza la función de la asistencia personal, este apoyo es garantía de la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos².

(1) Observaciones finales, 62.ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011.

(2) Sobre los orígenes del Movimiento de vida independiente, al que ya se ha aludido en la primera parte de este informe, puede consultarse: Carbonell, G. J. (2019): “El movimiento de vida independiente en España”. *Revista Española de Discapacidad*, 7 (II): 201-214. Del mismo autor, relacionando el movimiento de vida independiente y la asistencia personal: “El asistente personal para una vida independiente: una figura en construcción”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, 2017, pp. 187-216.

Cabe señalar, sin embargo, que la ausencia de asistencia personal no ha sido elevada por ley a la categoría de acto discriminatorio, como sí ha sucedido recientemente con la denegación de ajustes razonables (art. 4.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación). Su equiparación resultaría más respetuosa del paradigma acogido por la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, cuyo art. 5.3 señala que “a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido que “la no discriminación incluye el derecho a obtener ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica”, definidos como “modificaciones y adaptaciones” que pueden incluir, entre otras cosas, la asistencia personal (Observación núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2014, parágrafo 34).

Sin duda alguna, sería deseable que, o bien a través de una normativa específica que regule la asistencia personal de manera integral, o bien a través de la modificación de la actual ley de dependencia, el ámbito de proyección material de la asistencia personal no resultase limitado, precisamente en atención al enfoque integral acogido por el marco constitucional e internacional, dado que, por un lado, resulta severamente reduccionista al dejar fuera incluso derechos fundamentales y, por otro, resulta incompatible con el derecho a la vida independiente consagrado en la Convención de Naciones Unidas y caracterizado como libertad de elección y capacidad de control en todos los órdenes de la vida que conforman el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por esta razón, y confiando en que un mayor conocimiento de la figura propicie una profundización en los mecanismos de protección y garantía de los derechos, se realizará un breve análisis del marco competencial establecido por nuestra Constitución. Dado el impacto en los derechos fundamentales de la persona que recibe la asistencia, y teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas poseen la competencia exclusiva sobre asistencia social, interesa particularmente delimitar qué títulos competenciales permiten dotar de un mínimo común a la función de asistencia personal.

Se dejan fuera de este análisis las cuestiones ligadas a las competencias sobre la legislación laboral que pudieran enmarcar la prestación de asistencia personal, por ser objeto de estudio específico en la última parte de este informe.

2 El marco competencial y las condiciones básicas que garantizan la igualdad

El art. 149.1 de la Constitución establece las competencias exclusivas del Estado, señalando en su apartado 1º, que corresponde al Estado “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”. Esta base competencial de amplio espectro y compleja interpretación fue la alegada por el Estado en 2006 para aprobar la ya citada LAPAD, en la que precisamente se recoge la prestación de la asistencia personal.

El Tribunal Constitucional ha intentado caracterizar y delimitar este título competencial a través de sus sentencias. Así, tempranamente tuvo ocasión de señalar que “la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional... sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado» (STC 37/1987, FJ 3). La garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos se circunscribe, por tanto, a establecer normativamente “los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de los españoles” (STC 13/1992, FJ 14), y no legitima al Estado a regular por completo la materia o derecho sobre el que pueda proyectarse, ni tampoco le habilita, lógicamente, para alterar el reparto competencial anulando la descentralización territorial diseñada por la Constitución (STC 173/2012, FJ 5 a). En este sentido, también ha señalado que “el art. 149.1.1 C.E., más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente,

el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales” (STC 173/1998, FJ 9).

Estas reflexiones cobran especial relevancia si se tiene en cuenta que la Constitución ha establecido, entre las competencias que pueden pertenecer en exclusiva a las Comunidades Autónomas, la de la asistencia social (art. 148.1.20^a). Sin embargo, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse precisamente sobre la constitucionalidad de la LAPAD, amparando el establecimiento de un contenido mínimo en la atención a la dependencia precisamente con base en el art. 149.1. 1^o CE. En palabras del Tribunal: “El Estado fija una regulación unitaria tanto de la intensidad como de la compatibilidad de prestaciones que cumple la función de garantizar un mínimo uniforme en el sistema de atención a la dependencia que puede ser considerado un parámetro que regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho, evitando así que se generen situaciones de desigualdad relevantes” (STC 18/2016, FJ 8 c) iii).

Resulta evidente la complejidad interpretativa de este título competencial, que exige deslindar las “condiciones básicas” de otros conceptos constitucionales, como puede ser el binomio bases-desarrollo, la legislación básica o la idea del contenido esencial de los derechos. Sin embargo, el ámbito de la protección frente a la dependencia, considerado como el cuarto pilar del Estado social en España, parece perfilarse como un espacio óptimo para la utilización de esta competencia, en particular cuando regula la exigencia de ajustes y apoyos -incluso personales- cuyo objetivo es garantizar el efectivo disfrute de los derechos constitucionales. Como ha sostenido el Tribunal, “cuando de lo que se trata es de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad tanto en el contenido primario del derecho como en su ejercicio entra en juego la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149.1.1 CE, que, como título competencial autónomo (...) se proyecta de un modo genérico sobre todos los derechos fundamentales” (STC 207/2013, FJ 5).

Por esta razón, y siguiendo el mismo razonamiento, parece acertado presumir que la competencia para el desarrollo normativo específico de la asistencia personal corresponda también al Estado, al menos en aquellos elementos que puedan considerarse que afectan a las condiciones básicas que garanticen la igualdad³. Desde mi punto de vista, una eventual ley estatal sobre asistencia personal -o su regulación más detallada en la propia ley de dependencia- debería abordar, como ya se ha mencionado, la ampliación de los ámbitos materiales o derechos para los que se garantiza el acceso a la asistencia personal.

Como ya se ha señalado, no parece conforme con el actual nivel de exigencia jurídica reducir esta figura a los aspectos educativos y laborales, por lo que debería extenderse, como mínimo, a garantizar la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos que nuestra Constitución garantiza como fundamentales⁴. En este sentido, una visión menos formalista del principio de no discriminación, como la que ya ha comenzado a apuntarse en la citada ley 15/2022, debería incorporar la asistencia personal como parte del contenido del derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad.

Una segunda dimensión que se antoja irrenunciable es la del establecimiento, por la legislación estatal, de los contenidos mínimos que garanticen unas competencias básicas comunes en la formación de las personas que vayan a desarrollar las funciones de asistencia personal en cualquier parte del territorio estatal. En este sentido, además de la formación técnica básica relacionada con el apoyo en “las actividades

Parece acertado presumir que la competencia para el desarrollo normativo específico de la asistencia personal corresponda también al Estado, al menos en aquellos elementos que puedan considerarse que afectan a las condiciones básicas que garanticen la igualdad

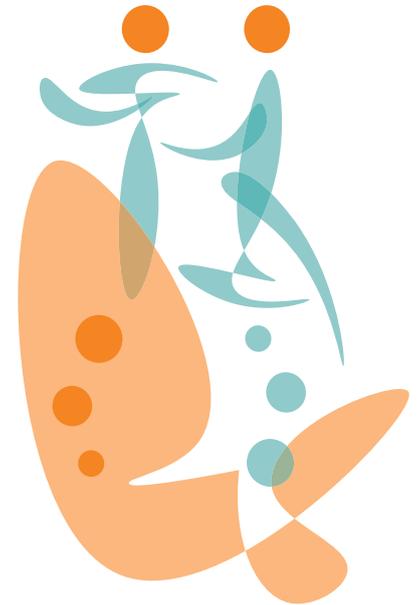


(3) Otro título competencial exclusivo del Estado y relevante a efectos de deslindar la competencia entre Estado y Comunidades Autónomas es el recogido en el art. 149.1. 7^o, relativo a la legislación laboral, y que será objeto de desarrollo específico en la tercera sección de este informe.

(4) Una perspectiva aún más garantista podría incluir también la exigencia de la asistencia personal para disfrutar del desarrollo de los principios rectores a través de las diversas políticas públicas. En caso contrario, esta podría ser una dimensión reservada a una eventual regulación por parte de las Comunidades Autónomas, al margen de una eventual competencia de desarrollo y ejecución de la normativa estatal.

básicas de la vida diaria", es indispensable tener en cuenta el enorme impacto de la asistencia personal en los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, que será estudiado con mayor detalle en los siguientes epígrafes. Desde este punto de vista, resulta esencial garantizar una comprensión mínima de la filosofía de vida independiente que anima esta figura, para alejar actitudes paternalistas en la prestación de la asistencia personal, y para asegurar el máximo respeto al derecho a la intimidad y, en general, a los derechos fundamentales de las personas receptoras de la misma.

El art. 36 de la LAPAD solo contiene una referencia genérica al respecto, señalando que "se atenderá a la formación básica y permanente de los profesionales y cuidadores", y que "los poderes públicos promoverán los programas y las acciones formativas que sean necesarios para la implantación de los servicios que establece la Ley". Recientemente, en mayo de 2023, se ha aprobado el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia⁵. En este Acuerdo se plantean unos contenidos mínimos recogidos en su Anexo II⁶, si bien el propio Acuerdo especifica que se hace "a título meramente orientativo". Sería deseable que al menos los descriptores de ese Anexo II se incorporasen como contenido obligatorio en todo el territorio, sin perjuicio de que se pueda remitir a normativa de rango infralegal la concreción de las titulaciones y los certificados que se puedan considerar adecuados, tal y como sucede en la actualidad.



(5) Tal y como ya se indica en la primera parte del informe, en 2017 se había aprobado el Acuerdo de 19 de octubre de 2017, por el que se modifica parcialmente el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, modificado por el Acuerdo de 7 de octubre de 2015, en el que ya se recogían exigencias vinculadas a la acreditación de la cualificación profesional para quienes realizaran funciones de asistencia personal. En todo caso, las cuestiones más específicas relativas a la regulación de la formación exigida para quienes quieran desempeñar la actividad de asistencia personal serán estudiadas en la tercera parte de este informe.

(6) Módulo I: Introducción a la vida independiente. Se realizará una aproximación sobre conceptos como la autonomía personal, el modelo centrado en la persona, la vida independiente, el respeto a la diversidad humana y la inclusión en la comunidad de las personas en situación de dependencia, desde la perspectiva de los derechos humanos. Esta introducción deberá abordar también la conceptualización de las situaciones de la dependencia, la discapacidad y las grandes necesidades de apoyo.

Módulo II: Marco normativo. Deberá conocer el marco normativo básico en el que se enmarca la asistencia personal, como es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia o la Observación general número 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

Módulo III: La asistencia personal: Naturaleza y funciones. En este módulo se orienta aprender el papel, funciones, objetivos y contextos de la asistencia personal como figura clave para el desarrollo de una vida independiente e incluida en la comunidad de las personas en situación de dependencia. Asimismo, este módulo incluirá contenidos vinculados a la deontología de los y las asistentes personales (confidencialidad, empatía, escucha activa, la gestión de conflictos entre otros, así como a los derechos laborales).

Módulo IV: Accesibilidad universal y medios de apoyo a la persona. Contendrá nociones básicas sobre accesibilidad universal y productos y medios de apoyo aplicados a la vida independiente y a la inclusión en la comunidad. Así como se introducirá a los sistemas aumentativos y alternativos de comunicación, que faciliten la interacción de persona en situación de dependencia con la o el asistente personal.

Módulo V: Salud laboral y primeros auxilios. Incluirá aspectos que contribuyan a la promoción de la salud laboral de las y los asistentes personales, como la ergonomía, la higiene postural, la dinámica en las relaciones de la asistencia, o la gestión de situaciones de estrés.

Por otro lado, aprenderá técnicas básicas de primeros auxilios que permitan actuar en situaciones de riesgo vital, como son la pérdida de consciencia, traumatismos, hemorragias, ahogamientos, reacciones alérgicas, reanimación cardiovascular o intoxicaciones agudas, entre otras.

3

La persona destinataria de la asistencia personal: Autonomía, libre desarrollo de la personalidad y asistencia personal

En la primera parte de este informe ya se ha hecho referencia al principio de la dignidad humana, que según reza el art. 10 de la CE, es “fundamento del orden político y de la paz social”. Ante la complejidad interpretativa de un concepto que fácilmente podría prestarse a proyectar la propia concepción moral de lo que es y no es digno, el Tribunal Constitucional ha ido apuntalando el contenido de este principio en sus sentencias. A efectos de la asistencia personal resulta particularmente relevante tener en cuenta que “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la *autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*”. (STC 53/1985, F. J. 8). La dignidad constituye un “mínimum invulnerable” que debe permanecer “inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre”. De esta manera, y como ya se ha dicho, la dignidad constituye la base sobre la que construir el derecho a tener derechos, y el derecho a disfrutarlos en igualdad.

Así lo refleja la Convención de Naciones Unidas de 2006, cuyo propósito es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1).

Con base en los principios constitucionales e internacionales señalados, puede afirmarse con rotundidad que las personas con discapacidad poseen la misma dignidad que el resto, lo que implica su derecho a autodeterminar su proyecto vital y exigir que éste sea respetado, incluso en el caso en que su modo de vida o sus decisiones puedan ser desaprobadas por quienes le asisten, alejando así el papel de quienes realizan la asistencia personal de una mirada paternalista sobre la persona con discapacidad. Las personas con discapacidad no solo son titulares de derechos, sino que les corresponde ejercerlos, es decir, tomar las decisiones relativas al disfrute de los diversos contenidos garantizados por cada derecho.

Así lo atestigua la Convención de 2006, cuyo art. 12 afirma que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”, lo que genera la obligación, para los Estados parte, de reconocer “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. La citada Observación general núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2014, especifica que “la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin” (parágrafo 12).

En línea con lo ya señalado, los principios de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad son centrales a la hora de interpretar en qué consiste la capacidad jurídica para disfrutar de los derechos. El art. 3 de la Convención establece, entre los principios que guían la Convención, el del “respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. De ahí deriva la obligación de los Estados parte, recogida en el art. 12.3 de la misma, “de garantizar el acceso de las personas con discapacidad a los apoyos que puedan resultar necesarios para ejercer dicha capacidad”, entendiendo en todo caso que “el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir

en decidir por ellas”, tal y como se afirma con rotundidad en la citada Observación general núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (párrafo 17)⁷. Precisamente esta Observación parte de la constatación de la existencia de un “malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados parte en virtud del artículo 12 de la Convención”, al no haberse comprendido que “el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas” (párrafo 3).

El libre ejercicio de derechos solo se puede ver modulado en los casos en que se pueda establecer que no existe la capacidad para autodeterminar libremente la propia voluntad. En el caso de la discapacidad, el paradigma de la Convención de 2006 -finalmente acogida con plenitud en nuestro Código Civil tras la reforma de 2021- ha desterrado la posibilidad de aplicar planteamientos genéricos y apriorísticos, exigiendo análisis individualizados y orientados no a negar la capacidad, sino a establecer los apoyos necesarios para el disfrute de los derechos, convirtiendo en excepcionales los supuestos en que no resulte posible expresar la propia voluntad⁸.

En estas situaciones en las que no es posible determinar “la voluntad y las preferencias de una persona”, las salvaguardias que puedan establecerse deberán orientarse no ya al “interés superior” de la persona con discapacidad -principio vinculado con las situaciones de minoría de edad-, sino al paradigma de “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” de la misma.

Es necesario señalar, sin embargo, que en aquellos casos en los que se entienda que no es posible expresar una decisión autónoma, no será posible recibir asistencia personal, al menos tal y como se concibe en este informe, puesto que se configura como una herramienta al servicio de la voluntad de la persona asistida, llamada a complementar la ejecución de las decisiones adoptadas por quien recibe la asistencia, pero en ningún caso a sustituir su voluntad ni a ejecutar la voluntad de terceras personas (tutoras, cuidadoras...). Así pues, en la configuración legal de la asistencia personal son constitucionalmente admisibles -y coherentes con la idiosincrasia de la función de la asistencia personal- no solo las restricciones por razón de edad/madurez a las que ya se ha hecho referencia en la primera parte de este informe, sino también aquellas que prevean que, cuando se proceda a la concreción de la asistencia para una persona en concreto, se pueda excluir de la misma aquellos ámbitos materiales en los que no se da dicha capacidad de autodeterminación⁹.

(7) Hasta el punto de recoger explícitamente que las salvaguardias que, en su caso, se adopten para hacer efectiva la capacidad jurídica, deban respetar “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores” (párrafo 22).

(8) En este sentido se orientó, por ejemplo, la citada reforma de la LOREG de 2018, que impidió incapacitar a las personas para el ejercicio del derecho de sufragio activo, señalando actualmente la ley que “ Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”.

(9) Tal y como ya se señala en la primera parte del Informe, así se hace, por ejemplo, en la normativa asturiana, cuando establece entre los requisitos de acceso a la prestación ser mayor de 3 años y “Capacidad de decisión o autodeterminación para señalar los apoyos que requiera, ejercer su control e impartir las instrucciones necesarias”. Hay que señalar, sin embargo, que a continuación se añade: “por sí, o a través de su representante legal”, lo que genera dudas de si la referencia al representante legal lo es a efectos de comunicar las instrucciones o si realmente está ampliando la capacidad de tomar decisiones más allá del sujeto que directamente recibe la asistencia (Resolución de 24 de mayo de 2022, de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, de primera modificación de la Resolución de 30 de junio de 2015, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en el Principado de Asturias).

4

El derecho a la intimidad personal y familiar, la protección de datos y la asistencia personal

Tanto en el apartado anterior como en la primera parte de este informe se ha insistido suficientemente en que los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad enmarcan la relación entre quien realiza y quien recibe la asistencia personal, excluyendo de esta manera una posible configuración de la prestación en el que la persona con discapacidad sea *objeto* pero no sujeto de la misma.

Como ya ha sido referido, el principio de dignidad humana se configura como una garantía que ha de permanecer inalterada ante cualquier circunstancia, lo que implica -como se ha abordado en el epígrafe anterior- que la persona con discapacidad es titular de todos sus derechos y que todos deben ser respetados. Las personas con discapacidad se exponen a un riesgo mayor -una mayor vulnerabilidad- de que sus derechos sean lesionados, razón por la cual se han articulado normas que, a nivel internacional y estatal pretenden reforzar la protección frente a tales riesgos.

En este contexto, un derecho que merece especial consideración es el derecho a la intimidad, que puede verse afectado desde diversos planos. En primer lugar, por la actuación del entorno familiar o, en su caso, institucional, que puede tener la expectativa de acceder a las esferas íntimas de las personas con discapacidad, alegando que lo consideran imprescindible para poder “proteger” adecuadamente sus derechos. En segundo lugar, por el especial impacto que la asistencia personal puede tener en el derecho a la intimidad, precisamente con base en la amplitud de esferas vitales en las que puede requerirse la asistencia personal como apoyo para asegurar el efectivo disfrute de los derechos y libertades. Y, por último, el derecho a la intimidad puede verse afectado -limitado, por más que se trate de un límite o intromisión legítima- desde el momento en que la persona que realiza la asistencia puede tener derecho a conocer ciertos datos privados -por ejemplo, relativos a la salud- si se consideran necesarios a efectos de garantizarle una adecuada protección en el desempeño de su obligación profesional.

Tal vez porque el derecho a la intimidad no ha sido percibido históricamente como una necesidad de las personas con discapacidad, el art. 4 de la LAPAD ha querido subrayarlo, señalando que “las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes: a) A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad”...

El art. 18 de la Constitución garantiza “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, cuyo objeto es “garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 C.E.), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares”. Por lo demás, “no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 C.E. garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada” (STC 115/2000, F. J. 4).

El derecho a la intimidad se perfila como un derecho de especial complejidad y potencial conflictividad, debido a la estrecha relación de confianza que implica, precisamente, el ejercicio de la asistencia personal, que puede suponer la prestación de apoyo en las más variadas facetas vitales. Por ejemplo, el apoyo en el acceso a la información o en el ejercicio del derecho de sufragio implica acceder a la esfera de libertad ideológica de la perso-

El derecho a la intimidad se perfila como un derecho de especial complejidad y potencial conflictividad, debido a la estrecha relación de confianza que implica, precisamente, el ejercicio de la asistencia personal

na, así como el apoyo en el ejercicio de la libertad religiosa supone acceder a un ámbito reservado de creencias. La esfera de intimidad admite, por tanto, múltiples niveles, ya que puede incluir la información relativa a las relaciones personales y afectivas, a la ideología política y las creencias religiosas, a la orientación sexual, la identidad sexual y de género, el estado de salud, etc., y se relaciona estrechamente con el derecho al secreto de las comunicaciones y con la protección de datos.

Debido a este fuerte impacto que la intervención social puede tener en las personas con discapacidad, el art. 22.1 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 ha establecido que: "Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones".

Nuestro ordenamiento sanciona las infracciones del derecho a la intimidad, estableciendo de manera específica la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela" (art. 7.4). La persona que realiza la asistencia personal debe, por tanto, respetar la obligación de secreto profesional, que se constituye en una herramienta al servicio de la protección de los derechos fundamentales. La obligación de secreto profesional abarca tanto los aspectos individuales como los relativos a la dimensión familiar y del hogar, en la medida en que se haya tenido acceso a estos espacios con base en la relación laboral.

No cabe duda de que, como se indicaba al inicio, los conflictos relacionados con el derecho a la intimidad pueden darse en su propio entorno familiar, en el caso de que tuvieran la pretensión de que la persona que realiza la asistencia personal compartiera información privada de la persona con discapacidad sin su consentimiento. En este caso es imprescindible recordar, como ya se ha señalado, que las personas con discapacidad no solo son titulares de todos los derechos constitucionales, sino que además gozan capacidad para ejercerlos salvo en aquellos casos en que, por faltar la capacidad de autodeterminación, se haya establecido la necesidad de contar con apoyos en esas esferas vitales.



De esta manera, en las situaciones en las que se hayan establecido apoyos para la toma de decisiones puede ser necesario, según el caso, acceder a información que se considere perteneciente al ámbito de intimidad. Puede pensarse, por ejemplo, en la toma de decisiones relacionada con la esfera de la libertad sexual y los derechos reproductivos, en los que se tuviera que prestar apoyo a la elección de un método anticonceptivo o, incluso, a la interrupción voluntaria de un embarazo.

Conviene tener presente en todo caso que, en el marco interpretativo de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, los derechos fundamentales gozan de igual rango, sin que ninguno pueda considerarse *jurídicamente* superior, de ahí que una eventual injerencia en un derecho de una persona (por ejemplo, en la intimidad) no pudiera justificarse, por parte de un tercero, en la necesidad de garantizar otro derecho fundamental (por ejemplo, las creencias religiosas). Las decisiones vitales que las personas adoptamos en el marco de un derecho fundamental perfectamente pueden proyectarse e incidir en la esfera de protección de otro derecho, como sucede de manera muy evidente en todo lo relacionado, por ejemplo, con nuestra salud: estilos de vida, la

El derecho a la intimidad no protege frente a la comisión de actos ilícitos, si bien sería recomendable que la regulación de la función de asistencia personal abordara expresamente este aspecto, de manera similar a cómo lo hacen, por ejemplo, los códigos deontológicos sobre trabajo social

aceptación o rechazo de determinadas medicinas y tratamientos, etc. Sin embargo, todas estas decisiones pertenecen a nuestra esfera de libre autodeterminación, por lo que la discapacidad no puede servir de excusa para legitimar una injerencia externa que pretenda establecer, para la persona con discapacidad, jerarquías en su forma de interpretar y ejercer sus derechos fundamentales.

Lo anterior no significa afirmar que la privacidad se erija como un derecho absoluto e ilimitado. Hay situaciones que pueden resultar obvias, como el hecho de que el derecho a la intimidad no protege frente a la comisión de actos ilícitos, si bien sería recomendable que la regulación de la función de asistencia personal abordara expresamente este aspecto, de manera similar a cómo lo hacen, por ejemplo, los códigos deontológicos sobre trabajo social.

Dicho lo cual, y como se señaló al inicio de este epígrafe, la primera limitación al derecho a la intimidad -o de otros derechos, como puede ser la protección de datos personales- puede surgir, precisamente, de la necesidad de garantizar derechos fundamentales de quien realiza la asistencia personal. Así, para proteger su derecho a la vida, la integridad física o su salud, puede estar justificado que quien asiste tenga conocimiento de información relativa -por ejemplo- a la salud de la persona asistida o, incluso, de otros miembros de la unidad familiar que residan en el hogar, si va a ser un ámbito en el que se desarrolle la asistencia.

Esta situación es plenamente coherente y compatible con los estándares constitucionales e internacionales de protección de los derechos, toda vez que una de las causas por las que se considera legítima la aplicación de límites a los derechos es, precisamente, la protección de derechos y libertades de terceras personas, como pueden ser quienes presten el apoyo de asistencia personal. En este sentido, la regulación de la función de la asistencia personal debería tener en cuenta, en el marco del estatuto de derechos y obligaciones de la persona trabajadora, la necesidad de que quien contrata la prestación del servicio garantice el cumplimiento de las obligaciones legales relacionadas con la prevención de riesgos laborales, lo que puede implicar el acceso a información que pertenece al ámbito de la intimidad personal. Esta necesidad puede suponer, a su vez, obligaciones de cesión o comunicación de datos especialmente sensibles por quien estuviera autorizado para recabarlos en el marco de la gestión del servicio -por ejemplo, los servicios sociales-.

Para proteger su derecho a la vida, la integridad física o su salud, puede estar justificado que quien asiste tenga conocimiento de información relativa -por ejemplo- a la salud de la persona asistida

Este supuesto encaja sin dificultad en la normativa sobre protección de datos. Así, el tratamiento de datos se enmarcaría en el cumplimiento de una obligación legal, tal y como recoge el art. 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Esta previsión se relaciona directamente con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). En su art. 9 se regula el tratamiento de categorías especiales de datos personales, entre los que se encuentran los relativos a la salud, y cuyo tratamiento está prohibido salvo cuando, entre otras circunstancias, sea necesario “para (...) prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario” (letra h). Si bien es importante señalar que, en este caso, se establece la licitud del tratamiento de dichos datos “cuando su tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la *obligación de secreto profesional*, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos nacionales competentes, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o de las normas establecidas por los organismos nacionales competentes” (art. 9.3).

Esta posible injerencia en la esfera de intimidad debe calibrarse siguiendo las directrices marcadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el conocido como **test de proporcionalidad**, que exige preguntarse por la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida (en este caso, la limitación de la intimidad). Concluiremos, pues, esta segunda parte del informe señalando los aspectos centrales de cada una de estas dimensiones.

En palabras del Tribunal Constitucional, la Constitución no ha previsto de manera expresa, en su art. 18.1, la "la posibilidad de un sacrificio legítimo" del derecho a la intimidad, "más ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley". Pero recuerda el Tribunal que una exigencia "común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (...), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (...) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad" (STC 207/1996, F. J. 4 A).

Para superar el juicio de proporcionalidad es necesario constatar que se cumplen **tres condiciones**:



En primer lugar, **el juicio de idoneidad**, con base al cual es necesario preguntarse si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto. El caso que aquí se examina -la eventual necesidad de comunicar datos relativos a la intimidad de la persona que recibe la asistencia personal, en el caso de que pudieran afectar, por ejemplo, a la salud o la integridad física de quien la realiza- no parece especialmente problemático. Si el estado de salud -coyuntural o permanente- de la persona con discapacidad o de su entorno próximo puede tener implicaciones sobre la salud de quienes dan el apoyo, parece incuestionable que el conocimiento de dichas afectaciones permitirá establecer una correcta prevención de riesgos laborales.



La segunda dimensión tiene que ver con **el juicio de necesidad**, que exige tener la certeza de que no hay una medida "otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia" (esto es, que genere una afectación menor en el derecho). Ciertamente, aquí habrá que plantearse en cada situación concreta -a la luz del riesgo que pueda generar el estado de salud y el tipo de asistencia personal que se vaya a prestar- si es necesario poner en conocimiento de quien realiza la asistencia los datos de salud o si puede ser suficiente con otro tipo de medidas menos invasivas. Por ejemplo, puede plantearse la posibilidad de establecer determinados estándares o protocolos de prevención a la hora de realizar algunas conductas, pero sin llegar a informar a quien asiste de las circunstancias concretas de la persona con discapacidad.



En tercer y último lugar, **el test exige valorar lo que el Tribunal ha llamado la "proporcionalidad en sentido estricto"**, que no es otra cosa que el análisis de la ponderación o medida de la medida (de nuevo, la afectación al derecho a la intimidad), en el sentido de establecer si de ella se derivan "más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto" (STC 207/1996, F. J. 4 E). Este último requisito implica valorar si, a pesar de que la medida pueda considerarse idónea y necesaria, el sacrificio impuesto al derecho fundamental puede resultar, pese a todo, desmedido.



No parece haber, al menos a priori, mayor dificultad para aceptar que parte del derecho a la intimidad de la persona con discapacidad debe ceder frente a otros derechos de terceras personas y, en particular, de quien debe realizar la asistencia personal. Ahora bien, los requisitos del test de proporcionalidad que acaban de señalarse también nos remiten a la necesidad de mantener una especial protección del derecho a la intimidad de las personas con discapacidad, habitualmente desatendido, y garantizar que la afectación sea la mínima imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de las obligaciones de prevención de riesgos laborales de quien realiza la prestación.

Esta interpretación restrictiva resulta, por lo demás, coherente con las exigencias del Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea previamente citado, que establece, entre otros, un principio de “minimización de datos”, según el cual los datos tratados serán “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados” (art. 5.1 c).

En conclusión, desde el punto de vista constitucional, puede afirmarse que el Estado tiene competencia para establecer una regulación que aporte cierta unidad a la figura de la asistencia personal en todo el territorio estatal, aspiración que parece deseable a la luz de su importancia como una herramienta al servicio del disfrute efectivo de los derechos fundamentales y la no discriminación de las personas con discapacidad.



Precisamente se ha intentado poner de relieve la importancia del estatuto iusfundamental de la persona beneficiaria de este apoyo. Partiendo de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, la asistencia personal debe realizarse tomando distancia de todo posicionamiento paternalista que desdibuje el paradigma de la autonomía en la toma de decisiones protegida por los derechos constitucionales ni el derecho a disfrutar de un ámbito de intimidad propio. Ello no es obstáculo, como se ha señalado, a la eventual legitimidad de la injerencia en la privacidad de la persona cuando esta afectación pueda ser necesaria para salvaguardar otros derechos de quien recibe la asistencia.

PARTE III

LA FIGURA DEL ASISTENTE PERSONAL: IMPLICACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL

1. La Asistencia Personal: referencias normativas
2. La provisión del servicio de asistencia personal
3. La asistencia personal: disfunciones en la regulación existente
4. Asistencia personal mediante contratación directa: la mejor opción, pero no con la regulación vigente
5. Balance y conclusiones

1

La Asistencia Personal: referencias normativas

El art. 19 de la **Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LAPAD, en adelante)** regula la prestación económica de asistencia personal a la que atribuye la finalidad de promover la autonomía de las personas en situación de dependencia. Su objetivo “es contribuir a la contratación de 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”. Asimismo, el art. 2 del 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 (RDSAAD, en adelante), establecidas en la LAPAD hace referencia a la prestación económica de asistencia personal. Este Real Decreto ha sido modificado por el Real Decreto 675/2023, de 18 de julio (BOE 19 de julio 2023) por medio del cual, entre otras cosas, se han incrementado las cuantías del nivel mínimo de protección y se ha establecido un calendario de mejoras en las prestaciones económicas. En particular por lo que se refiere a la cuantía de la prestación económica de asistencia personal se incrementan las cuantías mínimas y máximas. Destaca en este punto el hecho de que la cuantía de la prestación económica de asistencia personal establecida en el Principado de Asturias se ha visto incrementada por la normativa estatal respecto de las situaciones de dependencia de Grado II a las que a partir de ahora corresponde una prestación máxima de 747,25 € en lugar de los 639,18 € que fija la normativa asturiana.

El acceso a la asistencia personal se concibe como un derecho que se traduce en la posibilidad de obtener financiación para contratar dicho servicio, siempre y cuando se cumplan los requisitos que para ello exigen las diferentes normas de las comunidades autónomas a quienes se atribuye el encargo de desarrollar la prestación; normas, que en todo caso han de estar alineadas con lo establecido por el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (CTSSAAD, en adelante), tal y como se establece en el art. 11 RDSAAD, según el cual “los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones económicas se establecerán por la comunidad autónoma o Administración que, en su caso tenga la competencia, teniendo en cuenta los acuerdos que adopte el CTSSAAD. Este Consejo ha ido aprobando desde su constitución diferentes acuerdos a través de los cuales se han establecido criterios y se han fijado requisitos y condiciones que han de ser respetados a nivel estatal respecto de diferentes cuestiones vinculadas al SAAD¹. Precisamente, la asistencia personal ha sido objeto del acuerdo aprobado en mayo de este año por dicho Consejo².

En estos momentos no hay ninguna otra norma, a excepción de la LAPAD, que nos ofrezca una definición que permita conocer los contornos de dicha prestación, pues si bien el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPDIS, en adelante) hace referencia a la asistencia personal en su art. 68, lo hace a otros efectos mencionando la asistencia personal junto a otros recursos como las ayudas técnicas o los servicios especializados para ejemplificar “medidas de acción positiva y medidas de igualdad de oportunidades”.

(1) La disposición adicional novena del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad, le otorgó su actual denominación y constitución. El Consejo está adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y tiene por finalidad asegurar la cooperación, coherencia, coordinación y colaboración entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y de Melilla en materia de servicios sociales y de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Sus acuerdos son de obligado cumplimiento y su reglamento interno ha sido publicado por Resolución de 25 de febrero de 2019 (BOE de 8 de marzo).

(2) Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE 30 de mayo de 2023).

Así pues, con la salvedad de estas dos referencias normativas y una más que encontramos en el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma que concrete en qué consiste la asistencia personal en el contexto que nos ocupa aunque ello no impide afirmar que sí existe un derecho a la asistencia personal. Se trata de un derecho de configuración legal y diferente contenido en función de la comunidad autónoma en la que residamos, pues de la norma autonómica dependerá no solo su cuantía, susceptible de complementar el nivel de financiación común que se reconoce a nivel estatal, sino también su desarrollo por más que el CTSSAAD llegue a acuerdos para alcanzar al menos un nivel mínimo de homogeneidad a nivel estatal³.

2 La provisión del servicio de asistencia personal

En el caso particular del Principado de Asturias, la Resolución de 24 de mayo de 2022, de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, por la que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en el Principado de Asturias (BOPA 6-6-2022) establece que *“la contratación del asistente personal podrá realizarse mediante un contrato con empresa o entidad privada, o directamente a través de contrato con el asistente personal”*⁴. Se trata de una referencia que parece colocar en el mismo plano la provisión del servicio de asistencia personal a través de una empresa o entidad y la provisión del servicio a través de una persona directamente contratada por quien lo requiera.

Esta resolución también hace referencia a los requisitos que han de ser cumplidos por quienes van a prestar dicho servicio. En particular se hace referencia en primer lugar a los requisitos relacionados con la formación que han de tener las personas a las que se podría contratar para prestar el servicio y en segundo lugar se incluyen una serie de obligaciones de control a las que la Administración ha de someter a quienes vayan a prestar el servicio. Requisitos que, como tendremos ocasión de comprobar, están alineados con las previsiones recientemente aprobadas por el CTSSAAD en las que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el SAAD.

2.1. Las Oficinas de Vida Independiente y su papel de intermediación laboral

Como ya se ha indicado en la primera parte de este informe el MVI está directamente vinculado con la creación de los Centros u Oficinas de Vida Independiente (OVI, en adelante). En España se pusieron en funcionamiento un número reducido de ellas, inicialmente solo existían en Barcelona, Galicia, Andalucía o Madrid y aunque en la actualidad hay más comunidades autónomas o incluso ayuntamientos que las están poniendo en marcha hay que decir que su presencia es testimonial y actúan bajo diferentes fórmulas jurídicas. La Federación de Vida Independiente (FEVI, en adelante) las define como entidades “por y para el empoderamiento de las personas con diversidad funcional” que constituyen un espacio entre iguales de formación y emancipación. Entre todas las actividades que suelen desarrollar destaca, por lo que aquí interesa, la de ser una “herramienta para gestionar la contratación de la asistencia personal y los diferentes proyectos de vida a nivel administrativo”.

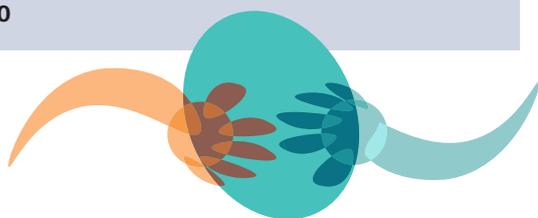
(3) El libro blanco sobre empleo y discapacidad, publicado en julio de 2023, impulsado por el Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Economía Social, CERMI y Fundación Once, dedica de sus 1136 páginas, únicamente 2 (la 1063 y la 1064) a la asistencia personal incluyéndola entre los recursos y las políticas dirigidas a la inserción de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo.

(4) En la misma línea se sitúa, por ejemplo, la normativa gallega en la que se menciona tanto la posibilidad de acudir a una empresa o a una entidad como a la contratación directa, ya sea “a través de un contrato civil o laboral” y en todo caso reiterando que “la Xunta de Galicia no formará parte ni será responsable, en ningún caso, de la relación contractual establecida” y que “el contrato además de los contenidos generales previstos en la legislación civil o laboral, deberá incorporar las condiciones específicas de la prestación del servicio establecidas en la normativa, en el Programa Individual de Atención (PIA) y la cláusula de confidencialidad correspondiente” (Orden de 2 de enero de 2012 de desarrollo del Decreto 15/2010, de 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, el procedimiento para la elaboración del programa individual de atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes (DOG 13-1-2012), modificada por la Orden de 26 de marzo de 2019 (DOG 29-3-2019).

No resulta sencillo saber con certeza cuántas Oficinas de Vida Independiente existen en nuestro país. Además, el modelo que siguen estas Oficinas en relación con la asistencia personal no es uniforme lo que genera dificultades para quien en un momento dado puede requerir asistencia personal y no sabe a dónde acudir al no contar con un punto de referencia común con independencia de la comunidad autónoma o de la ciudad en la que resida. Así por ejemplo en el caso de la OVI de Barcelona destaca su labor de intermediación laboral en virtud de la cual su papel consiste en poner en contacto a personas interesadas en desempeñar la actividad de asistencia personal y a personas que la requieren. En cambio, en la Oficina de Vida Independiente “Daniel Díaz”, que está dirigida a fomentar la autonomía de las personas con discapacidad intelectual y es gestionada por el Ayuntamiento de Madrid, entre sus funciones destacan la de asesorar a los usuarios en la elaboración de su Plan Individual de Vida Independiente (PIVI, en adelante) y la de “poner a disposición” una bolsa de 8.000 horas de asistencia personal al año, en la línea de lo que ya se hacía en la OVI de la Comunidad de Madrid, que se define como: **“un servicio de prestación de horas de asistencia personal, dirigido a personas con discapacidad física severa que realicen una vida activa ligada a la formación o al empleo”**.

Su labor a la hora de proporcionar el servicio de asistencia personal se reduce a dos posibilidades:

Una de ellas, siguiendo los modelos expuestos, se traduciría en una función de intermediación, poniendo en contacto oferta y demanda de empleo



La otra posibilidad supondría acudir a la contratación directa de personas para prestar el servicio de asistencia personal, una vez cumplidos los trámites correspondientes de autorización y acreditación que la normativa exige “a empresas y a entidades” (ver epígrafe correspondiente al procedimiento de autorización y/o acreditación)

2.2. Contratación a través de un tercero: “empresa o entidad privada”

La contratación de asistencia personal a través de una empresa o entidad privada, expresión que se emplea tanto en el último acuerdo aprobado por el CTSSAAD relativo a la asistencia personal, como por la normativa asturiana, es una vía de acceso a la asistencia personal que nos sitúa ante una relación triangular. Por otra parte, y desde el punto de vista de la gestión y de las garantías para las personas que prestan servicios como asistentes personales, tal vez resulte en la actualidad y a falta de una regulación específica la más adecuada. Sin embargo, no es claro que se pueda hacer la misma afirmación respecto de los receptores del servicio si tenemos en cuenta cómo se entiende la asistencia personal a la luz de la Convención y la Observación que la interpreta. Esta vía de provisión de la asistencia personal implica de un lado que quien presta servicios como asistente personal se convierte en trabajador por cuenta ajena de la empresa con la que firma el contrato de trabajo; y de otro, que quien recibe el servicio lo contrata directamente con la empresa proveedora a cambio de un precio.

De este modo quien presta el servicio de asistencia personal se inserta en el ámbito de organización y dirección de una empresa que será la responsable de fijar los términos generales de la prestación del servicio de asistencia personal y precisamente en este punto encontramos una primera muestra de fricción entre dicha solución y la filosofía del MVI, así como con el contenido de la Convención. Como se sabe, la filosofía del MVI nace sobre la base de tres principios dirigidos a que las personas con discapacidad logren el mayor grado de autonomía posible: la desinstitucionalización, la desmedicalización y la desprofesionalización y, en consecuencia, defiende que la persona con diversidad funcional que recibe la asistencia personal y quien la presta establezcan una relación directa y sin intermediarios lo que no ocurre cuando es una empresa o una entidad, en definitiva, un tercero, quien contrata a la persona que presta el servicio de asistencia personal para “enviarla” a un determinado cliente que lo requiere.

Filosofía del MVI (Movimiento de Vida Independiente)

Tres principios para que las personas con discapacidad logren el mayor grado de autonomía posible:

Desinstitucionalización

Desmedicalización

Desprofesionalización

2.3 Contratación directa entre quien recibe la asistencia personal y quien la presta: la opción óptima a la luz de la filosofía del MVI y del contenido de la Convención

La regulación que prevé nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratación y la escasa regulación existente sobre la prestación de asistencia personal permiten concluir que nada impide que las personas que requieran de asistencia personal puedan contratar directamente a una persona que preste dicho servicio. Ante esta afirmación resulta pertinente preguntarse qué calificación jurídica merece dicha contratación y si es posible llevarla a cabo en los términos establecidos en la Convención. Una respuesta posible sería entender que entre esos dos sujetos se formaliza un contrato por medio del cual una persona presta un servicio a otra a cambio de un precio. En otras palabras, nos encontraríamos ante un arrendamiento de servicios en virtud del cual, y de acuerdo con el art. 1544 CC, una persona se compromete a prestar un servicio a otra por un precio cierto.

En este sentido, y en la línea de lo que se establece en otras normativas autonómicas, la Resolución de 24 de mayo de 2022, de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, de primera modificación de la resolución de 30 de junio de 2015, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regulan las prestaciones del SAAD en el Principado de Asturias, establece que en los casos de contratación directa quien preste el servicio de AP ha de estar dado de alta "en el régimen general o especial de autónomos, según corresponda", lo que nos obliga a plantearnos si una persona que presta servicios de asistencia personal en los términos expuestos puede tener la consideración de trabajador por cuenta propia.

Una persona que trabaja por cuenta propia es aquella que puede decidir y organizar la actividad de la manera que considere más apropiado, particularmente en lo que se refiere a su objeto (qué clase de productos o servicios quiere ofrecer al mercado), a los medios que va a emplear para ello (instalaciones, materiales o instrumental) y a las condiciones de ejecución (lugar de trabajo, tiempo de dedicación, forma de producción, etc.)

Como se sabe, el trabajo autónomo es el que se realiza conforme al criterio de quien trabaja sin sujeción a órdenes o instrucciones de otro. De ahí que la clave para concluir que estamos ante trabajo autónomo es el análisis del modo de organización y ejecución del trabajo. Una persona que trabaja por cuenta propia es aquella que puede decidir y organizar la actividad de la manera que considere más apropiado, particularmente en lo que se refiere a su objeto (qué clase de productos o servicios quiere ofrecer al mercado), a los medios que va a emplear para ello (instalaciones, materiales o instrumental) y a las condiciones de ejecución (lugar de trabajo, tiempo de dedicación, forma de producción, etc.).

En nuestro ordenamiento jurídico no existe un contrato de actividad en el que de manera uniforme encajen todos los supuestos en los que se presta un servicio o se realiza una obra a cambio de un precio y aunque el contrato de trabajo no deja de ser un contrato de actividad, lo que lo diferencia de otros contratos de actividad como el de arrendamiento de servicios o el de obra, regulados por el derecho civil o por el derecho mercantil, es el modo de ejecutar dicha actividad. Así pues, si dicho servicio se presta bajo las notas de laboralidad la relación jurídica que se entabla ya no nace de un contrato de arrendamiento de servicios, sino de un contrato de trabajo cuya existencia se presume. Por este motivo resulta necesario preguntarse si dichas notas concurren cuando se presta el servicio de asistencia personal, tal y como es entendida la asistencia personal a la luz de la filosofía del MVI y de la Convención.

La contestación a esta pregunta nos obliga a visitar dos nociones clave del Derecho del Trabajo: la de quien trabaja por cuenta ajena y la de quien contrata a personas que trabajan por cuenta ajena, en definitiva, la de quien asume la acción de emplear. Comenzando por el primero y siguiendo una definición clásica que se infiere del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) la persona que trabaja por cuenta ajena es aquella que voluntariamente presta sus servicios retribuidos para otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario y dentro de su ámbito de organización y dirección. Subsumir el caso que nos ocupa en dicha definición encuentra no pocos inconvenientes relacionados con lo que entendemos por ámbito de organización y dirección de otra persona y por ende con el concepto de empleador o empresario. Pero esas dificultades, en esencia, sólo están presentes si el empresario en el que pensamos es un empleador clásico,

esto es consagrado a una actividad estrictamente económica. Y, como se sabe, en nuestro ordenamiento existen también otros tipos de empleadores.

El art. 1.2 ET establece que a los efectos de dicha Ley serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas susceptibles de ser calificadas como trabajadoras por cuenta ajena. Se trata de una noción, la de empleador, que se conforma por referencia a otra, la de la persona que trabaja por cuenta ajena y una primera aproximación al supuesto objeto de análisis en este apartado, esto es, a aquél en el que se lleva a cabo una contratación directa por parte de quien recibe la asistencia personal nos permite afirmar que no estamos aquí ante un empresario. La persona que recibe la asistencia personal podrá ser considerada empleadora de quien la presta, pero no será un empresario en sentido mercantil, lo que no impide sostener que nos encontramos ante una relación laboral, pues constatada la utilización de los servicios de otro, es indiferente la presencia o ausencia de organización productiva o ánimo de lucro en quien lo hace.

Cuatro son las notas propias de laboralidad (voluntariedad, onerosidad, ajenidad y dependencia) cuya concurrencia permite afirmar que se está ante trabajo asalariado. En algunos casos no resulta sencillo identificar la presencia de alguna de ellas y en otros aun cuando es posible identificarlas presentan una fisonomía tan particular que nos obliga a revisitar la interpretación que de ellas viene realizado tanto la doctrina como los tribunales. En todo caso y por lo que aquí interesa parece claro que la contratación directa de una persona para que preste el servicio de asistencia personal por parte de quien la va a recibir nos sitúa ante una relación personal que se entabla a través de un contrato en el que pueden concurrir dichas notas.

De todas ellas, seguramente las que pueden plantear alguna duda y requerir por tanto cierta aclaración son las de ajenidad y dependencia, pero más allá de dichas aclaraciones resulta evidente que nos encontramos ante una relación personal en la que una parte lleva a cabo una prestación bajo las indicaciones e instrucciones de la otra y en la que la dependencia funcional resulta incluso más intensa que en otras muchas prestaciones a las que atribuimos el adjetivo laboral, pues no debemos olvidar que a la luz de la Convención la asistencia personal “ha de ser controlada por la persona con discapacidad” que en relación con el servicio puede “planearlo y decidir por quién, cómo, cuándo, dónde y de qué manera se presta”, además de “dar instrucciones y dirigir a las personas que lo presten”, debiendo ser los asistentes personales “supervisados” por quien reciba el servicio.

En esas condiciones quien recibe la asistencia personal se convierte en un empleador en sentido jurídico laboral, pues quien está dispuesto a pagar por la prestación de asistencia personal dará las instrucciones correspondientes para llevarla a cabo lo que nos permite identificar una suerte de “círculo organicista”, incluso se puede hablar de una especie de “programación de la actividad” y por supuesto y de manera más clara y sin reservas de la existencia de órdenes e instrucciones acerca de cómo llevar a cabo la actividad. Precisamente, a este respecto merece la pena hacer hincapié en que entre los criterios e indicios de laboralidad que se han universalizado, entendiéndolo por tal su incorporación por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante) en su Recomendación nº 198, sobre la relación de trabajo (2006), están el sometimiento a cierto control sobre cómo ha de desarrollarse la prestación y la ausencia de la capacidad de elección por parte de quien presta un servicio para decidir cuándo o dónde se ha de trabajar. Indicios que de manera clara y evidente están presentes en el caso que nos ocupa, pues quién recibe la prestación de asistencia personal es quién ha de tomar todas las decisiones acerca de la prestación del servicio (dónde y cuándo) y de cómo ha de llevarse a cabo el apoyo requerido.



Quien recibe la asistencia personal se convierte en un empleador en sentido jurídico laboral

La Recomendación nº 198 de la OIT también menciona la exclusividad entre los indicios cuya presencia puede permitirnos atribuir una calificación de laboralidad. La prestación de asistencia personal, bajo la filosofía del MVI y tal y como es concebida en la Convención, aspira a convertirse en un servicio basado en la exclusividad, sin perjuicio de que excepcionalmente, y siempre y cuando quien reciba la asistencia lo autorice, resulte posible "compartir" a la persona que preste la asistencia personal con otro usuario. Exclusividad que implica una limitación de libertad que estaría en manos de quien emplea, pero que en todo caso debería ser adecuadamente compensada.

Además, y sin lugar a duda, estamos ante la ejecución de la prestación de un servicio sometida a las instrucciones que proporcione quien la reciba; de hecho, no encontramos aquí ni autonomía técnica ni autonomía funcional de quien presta el servicio. La primera no existe porque quien presta la asistencia personal no es un cuidador, no es un ayudante a domicilio, no es personal sanitario, y tampoco es, en fin, un empleado al servicio del hogar. Se trata de una persona que realizará actividades propias de cada una de las facetas que acabamos de mencionar, pero lo hará en sustitución de quien recibe la asistencia personal como si fuera esa persona y en la medida en que dicha persona así lo decida, por lo que la ejecución se llevará a cabo de acuerdo con los criterios fijados por ella y en el grado de intensidad que dicha persona establezca. Quien presta la asistencia personal actuará cuando se le indique apoyando al usuario y en los términos que se le indiquen, de modo que si a quien presta la asistencia personal le parece apropiado hacer las cosas de una determinada manera, pero el usuario quiere que se hagan de otra, será esta voluntad la que prevalezca, siempre que no se ponga en peligro la integridad física o la salud de quien presta el servicio de asistencia personal.

En cuanto a la autonomía funcional tampoco está presente en esta relación. No será quien presta el servicio de asistencia personal quien fije el lugar en el que se va a prestar la asistencia o los períodos de inactividad o de disponibilidad ni mucho menos podrá decidir si acepta o no la tarea encomendada. Estamos ante una relación personal en la que el margen de autonomía de quien presta el servicio es prácticamente inexistente. Así pues, teniendo en cuenta cómo se configura la asistencia personal en la Convención es claro que no estamos aquí ante una especie de acompañamiento errático, **se trata de contar con el apoyo de una persona que actuará cuando sea requerida, pero que en todo caso ha de estar disponible, atenta y preparada para intervenir cuando resulte necesario y para no hacerlo cuando no resulte preciso.** No se trata de un encargo que se pueda rechazar, ni siquiera en el caso de que la asistencia se pudiera compartimentar en tareas muy concretas y delimitadas en el tiempo, pues eso no sería la relación de asistencia personal a la que nos estamos refiriendo y que implica la existencia de una necesidad permanente. En definitiva, el objeto de dicho contrato es una suma de disponibilidad de tiempo e intervenciones de diferente intensidad en régimen de clara dependencia.



El objeto de dicho contrato es una suma de disponibilidad de tiempo e intervenciones de diferente intensidad en régimen de clara dependencia

En cuanto a la presencia de la ajenidad en la relación que nos ocupa, resulta obvio que **calificar a la persona que recibe la prestación como empresaria no es adecuado en este caso, pero ello no impide calificarla como empleadora a los efectos que aquí interesan.** Es obvio que el servicio que presta quien ejerce como asistente personal lo hace para otra persona y lo hará a cambio de una retribución fijada por las partes, con independencia de la situación económica del usuario y con independencia de que tenga derecho a la "cofinanciación" de dicho servicio a través de la obtención de la prestación económica pública de asistencia personal prevista en el marco del SAAD.

Por lo que se refiere a los útiles del trabajo, serán proporcionados por el usuario, así en las situaciones más severas de ausencia de autonomía se pueden requerir herramientas que han de ser aportadas por quien recibe la asistencia, por ejemplo grúas eléctricas o vehículos adaptados. Asimismo, hay que tener en cuenta que si bien es cierto que nos encontramos ante una situación en la que resulta complicado valorar la presencia de ajenidad, resulta obvio que quien ejerza su actividad como asistente personal no corre con "los riesgos del mercado", expresión que en este caso implica que quien le ha contratado está obligado a abonar la cantidad

pactada, con independencia de su situación económica y/o patrimonial y con independencia de que se tenga o no derecho a la prestación económica pública de asistencia personal.

En definitiva, **las personas con discapacidad que requieran asistencia personal pueden elegir libremente el grado de control personal a ejercer sobre la prestación del servicio en función de sus circunstancias vitales y sus preferencias**, pero resulta necesario aclarar que incluso en los casos en los que un tercero desempeñe la función de “empleador”, la persona que requiere el apoyo seguiría ostentando el poder de decisión respecto de la prestación, de modo que en los casos en los que quien recibe la prestación no sea parte del contrato encontramos una suerte de reparto de competencias, que nos acerca al esquema propio de las Empresas de Trabajo Temporal, sin bien, *mutatis mutandis*, pues no hay que perder de vista que quien recibe finalmente el servicio no es una empresa usuaria es una persona física que requiere la asistencia personal, pero que ejercerá el núcleo duro de las facultades que componen el poder de dirección. Una situación que a la luz de la Convención no parece la más recomendable, de ahí que nos decantemos por la contratación directa aun cuando esta opción plantea numerosos problemas e hipotéticas disfunciones a tenor de la exigua regulación con la que contamos.

3 La asistencia personal: disfunciones en la regulación existente

A la luz de la filosofía del MVI y del contenido de la Convención, la asistencia personal debería ser proporcionada a través de una relación directa que vinculase únicamente a la persona que recibe la asistencia y a quien la proporciona. No obstante, la actividad de asistente personal en el marco de la dependencia es poco conocida en nuestro país. De hecho, al margen de las fórmulas de contratación que abordaremos a continuación, otro de los asuntos relacionados con la asistencia personal que suscita más debate y que denota la ausencia de unanimidad acerca de cuál es su finalidad en el contexto objeto de análisis es el relativo a la formación con la que han de contar aquellas personas que quieran desarrollar dicha actividad.

3.1. Disfunciones en materia de formación en asistencia personal

No existe en la actualidad una posición clara acerca de cuál ha de ser la formación susceptible de ser exigida a una persona que quiera prestar servicios como asistente personal. Si tenemos en cuenta algunos de los principios en los que se apoya la filosofía del MVI la formación del asistente personal le corresponde a quien recibe la asistencia personal. Además, se trataría de una formación no estandarizada y difícilmente objetivable, que dependerá de las necesidades de apoyo que requiera cada persona. No obstante, resulta necesario fijar elementos comunes que permitan diseñar un programa formativo básico en aras de la profesionalización del perfil necesario para prestar servicios en el ámbito de la asistencia personal.

Precisamente con ese objetivo en 2015 el **Comité Español de Personas con Discapacidad (CERMI)** impulsó un *grupo de trabajo sobre la asistencia personal* en el que participaron quince federaciones con el objetivo de consensuar propuestas que pudieran ser elevadas al IMSERSO y a las comunidades autónomas para que se promoviesen y agilizaran el desarrollo y el acceso a la asistencia personal dentro del marco del SAAD. Entre las propuestas sobre las que se trabajó había una dedicada a la formación en la que se observa la ausencia de consenso respecto de esta materia, así como la ausencia de una regulación homogénea en el ámbito estatal. De hecho, a este respecto existen dos posiciones claramente diferenciadas: la de quienes defienden que quien preste servicios como asistente personal no ha de recibir una formación específica, pues será la persona beneficiaria del servicio quien se encargue de ello en el día a día, según los gustos, preferencias o necesidades que tenga; y la de quienes defienden que la formación en asistencia personal debería obtenerse al menos a través de un **certificado de profesionalidad o un ciclo formativo de grado medio**, cuyo número de horas oscilaría entre las 240 y las 2.000.

Finalmente, el grupo de trabajo que se constituyó en 2015 llegó a cierta solución de consenso y defiende la exigencia, **como mínimo, de una formación básica de 50 horas** mediante la cual se adquirirán conocimientos generales sobre el contexto en el que se desarrolla la asistencia personal, así como nociones básicas sobre los principios en los que se apoya el MVI. Esta formación previa ha de completarse con la que proporcione quien

reciba el servicio en función de sus preferencias y sobre todo en función de sus elecciones particulares de apoyo. Teniendo en cuenta esta propuesta el CERMI diseñó un **manual para asistentes personales** que incluye un contenido mínimo relativo a:

- Fundamentos de vida independiente.
- Aspectos legales, éticos y jurídicos de la asistencia personal.
- La figura del asistente personal.
- Una introducción a los productos de apoyo y herramientas para la prevención de riesgos laborales.
- Interacción social.
- Habilidades sociales y comunicación, empatía.
- Relación profesional y primeros auxilios.

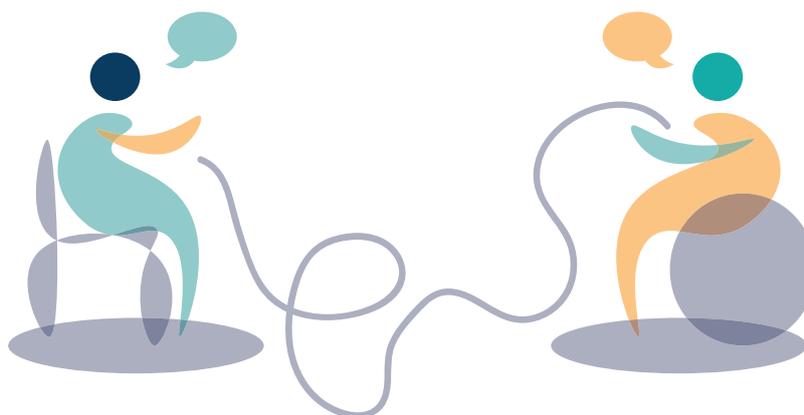
Parece claro que **la formación susceptible de ser exigida a quien preste servicios como asistente personal debería ser la misma en todo el país**, pues resulta desconcertante analizar las diferentes normas autonómicas en las que se hace referencia a la prestación económica pública de asistencia personal y en las que para tener derecho a ella se imponen condiciones diferentes relativas a la idoneidad o a la formación de quien presta el servicio en algunos casos y a la idoneidad y la formación en otros. Por lo que se refiere a esta última, esto es la formación, a nivel estatal y con independencia de lo que decidan las comunidades autónomas, el CTSSAAD, ya desde su Acuerdo de 2008, modificado en 2015 y posteriormente en octubre de 2017, recomendaba que quienes realicen las funciones de asistencia personal a personas en situación de dependencia deberían acreditar la cualificación profesional mínima que se exige a quienes desarrollan labores de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, pese a que la prestación de asistencia personal no es equivalente a la asistencia domiciliaria.



[Descárgalo aquí](#)

Recientemente, el CTSSAAD ha establecido en su Acuerdo, aprobado por Resolución de 24 de mayo de 2023, que si la persona encargada del servicio de asistencia personal, como profesional autónomo, es contratada directamente por la persona en situación de dependencia, deberá reunir las condiciones de cualificación profesional e idoneidad necesarias para prestar los servicios derivados de la asistencia personal, valorándose esta última directamente por parte de la persona en situación de dependencia, o quien ostente su representación legal en el caso de personas menores de edad, sobre la base de su libertad de contratación, sin que dicha valoración exima a la misma de garantizar el cumplimiento de las normativas vigentes. Y si el servicio es contratado a través de empresa o entidad, la persona encargada de prestar los servicios de asistencia personal deberá reunir las condiciones de cualificación e idoneidad necesarias para prestar los servicios derivados de la misma, en cuyo caso la idoneidad también será valorada por la propia persona en situación de dependencia, o quien ostente su representación legal en el caso de personas menores de edad.

En el caso particular del Principado de Asturias la Resolución de 24 de mayo de 2022, de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, de primera modificación de la Resolución de 30 de junio de 2015, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en el Principado de Asturias incluye un precepto que hace referencia a los **"requisitos de formación del asistente personal"** (así se titula el artículo correspondiente) y una disposición transitoria en la que se incluye un "régimen provisional de formación del asistente personal".



En primer lugar, se establece que “quienes realicen las funciones de asistencia personal a personas en situación de dependencia, deberán acreditar la cualificación profesional de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, establecida por el Real Decreto 295/2004, de 20 de febrero, según se determine en la normativa que la desarrolla. A tal efecto se hace referencia a las siguientes titulaciones:

Para aquellos profesionales que a la fecha de publicación del Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 19 de octubre de 2017 se encontrasen trabajando:	
Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería	(RD 546/1995 de 7 de abril)
Título de Técnico Auxiliar de Enfermería	(RD 777/1998, de 30 de abril)
Título de Técnico Auxiliar de Clínica	(RD 777/1998, de 30 de abril)
Título de Técnico Auxiliar de Psiquiatría	(RD 777/1998, de 30 de abril)
Título de Técnico en Atención a Personas en Situación de Dependencia	(RD 1593/2011, de 4 de noviembre)
Título de Técnico en Atención Sociosanitaria	(RD 496/2003, de 2 de mayo)
Título de Técnico Superior en Integración Social o el título equivalente de Técnico Superior en Integración social	(RD 1074/2012 de 13 de julio) (RD 2061/1995, de 22 de diciembre)

Y a los siguientes certificados de profesionalidad	
Atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales	(RD 1379/2008, de 1 de agosto)
Atención sociosanitaria a personas en el domicilio	(RD 1379/2008, de 1 de agosto)
De la ocupación de Auxiliar de Ayuda a Domicilio así como de cualquier otro título o certificado que en el futuro se determine con los mismos efectos profesionales	(RD 331/1997, de 7 de marzo)

Las personas que cuenten con alguna de las titulaciones o certificados de profesionalidad mencionados **no necesitan participar en procesos de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, ni solicitar la habilitación excepcional previstas en los apartados tercero y cuarto de la Resolución de 1 de diciembre de 2017, de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales**, por la que se regula la acreditación de la cualificación profesional y la habilitación excepcional del personal de atención directa en centros y servicios sociales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

En cuanto al régimen transitorio la disposición transitoria segunda de la resolución autonómica establece que además de las titulaciones mencionadas se podrá ejercer como asistente personal con cualquier Grado del área socio sanitaria o titulación equivalente a los siguientes grados: medicina, enfermería, psicología, logopedia, fisioterapia, terapia ocupacional, educación social, educación especial, educación primaria o infantil, trabajo social, sociología, pedagogía, lengua de signos española y comunidad sorda.

Los asistentes personales que cuenten con estas titulaciones podrán ejercer sus funciones en el ámbito del Principado de Asturias, a salvo de lo que acuerde el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre los requisitos de cualificación profesional específicos para esta categoría profesional con carácter definitivo y excepcionalmente, en tanto se desarrolle lo establecido en el Acuerdo de 19 de octubre de 2017 del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia relativo a las exigencias de cualificación profesional, las personas que no dispongan de las titulaciones mencionadas deberán acreditar la realización de un curso de formación específico en materia de asistencia personal de al menos 50 horas lectivas, comprometerse mediante declaración responsable a participar en los procesos de evaluación y acreditación de la experiencia laboral que se realicen o a realizar la formación vinculada a los correspondientes certificados de profesionalidad o títulos de formación profesional que se determinen de manera definitiva mediante Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, conforme al modelo que figura como anexo a dicha Resolución.

Precisamente a estos efectos el CTSSAAD se comprometió a solicitar al Instituto Nacional de las Cualificaciones (INCUAL) (en el plazo de un mes a contar desde el día 24 de mayo de 2023) la regulación de un certificado de profesionalidad específico para la asistencia personal⁵. Si bien, en tanto se aprueba dicho certificado o se revisan los que ya existen para su adaptación, se entiende que cuenta con la formación requerida para desarrollar la actividad de asistencia personal quien esté en posesión de cualquiera de las titulaciones o certificaciones profesionales referidas al personal de atención directa de primer nivel contenidas en el apartado octavo.2.a) del Acuerdo sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, publicado por Resolución, de 28 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales y concretamente, esto es:

El título de técnico en Atención a Personas en Situación de Dependencia	(RD 1593/2011, de 4 de noviembre)
El título equivalente de técnico de Atención Sociosanitaria o en su caso, cualquier otro título que se publique con los mismos efectos profesionales	RD 496/2003, de 2 de mayo)
El título de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería	(RD 546/1995, de 7 de abril)
O los títulos equivalentes de técnico auxiliar de Clínica, de Psiquiatría y de Enfermería o en su caso, cualquier otro título que se publique con los mismos efectos profesionales	(RD 777/1998, de 30 de abril)

En cuanto a los **certificados de profesionalidad**, el Acuerdo del CTSSAAD hace referencia a los siguientes:

El de Atención Sociosanitaria a Personas Dependientes en instituciones sociales o cualquier otro certificado que se publique con los mismos efectos profesionales	(RD 1379/2008, de 1 de agosto)
El de Atención Sociosanitaria a personas en el domicilio	(RD 1379/2008, de 1 de agosto)
O el equivalente certificado de profesionalidad de la ocupación de Auxiliar de Ayuda a domicilio o en su caso, cualquier otro certificado que se publique con los mismos efectos profesionales	(RD 331/1997, de 7 de marzo)

En el acuerdo también se considera cualificación suficiente las habilitaciones excepcionales producidas hasta 31 de diciembre de 2022 y acreditadas mediante certificaciones individuales expedidas por Administraciones públicas competentes en Servicios Sociales o por el organismo público que haya determinado la correspondiente Comunidad Autónoma.

Adicionalmente, en función de la especialización de los apoyos a proporcionar, se incorporan como válidas para la prestación de apoyos de asistencia personal otras cualificaciones, dentro de la familia profesional de servicios socioculturales y a la comunidad, como son:

Certificado de Mediación entre la persona sordociega y la comunidad	(RD 1096/2011)
Certificado de Educación de Habilidades de autonomía personal y social	(RD 295/2004)
Certificado de Promoción e Intervención Socioeducativa con personas con discapacidad	(RD 1096/2011)
Certificado de Inserción Laboral de personas con discapacidad	(RD 1368/2007)
Certificado de técnico superior de Integración Social establecido	(RD 1074/2012)

(5) Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (apartado 4.b).

Por otra parte, y hasta que se apruebe un certificado de profesionalidad específico para la asistencia personal y se determine el plazo para su obtención, las administraciones públicas competentes podrán habilitar provisionalmente para prestar dicho servicio a las personas que acrediten, bien experiencia, bien haber recibido una formación básica en materia de asistencia personal, o ambas, en la intensidad que dichas administraciones determinen.

Asimismo, se plantean, a título meramente orientativo, unos contenidos mínimos de formación básica que se distribuyen en cinco módulos y cuyo contenido es similar al establecido en 2015 por el CERMI. Esto es, un módulo inicial sobre introducción a la vida independiente, un segundo módulo sobre marco normativo, un tercer módulo relativo a la naturaleza y las funciones del asistente personal, otro módulo relativo a la accesibilidad universal y medios de apoyo a la persona y por último un quinto módulo relativo a salud laboral y primeros auxilios.

3.2. La contratación de asistencia personal a través de empresa o entidad privada: disfunciones en la selección del personal

Teniendo en cuenta lo establecido tanto en el acuerdo del CTSSAAD como en la normativa aplicable, a la hora de proveerse del servicio de asistencia personal se puede acudir a una empresa o a una entidad especializada. Teniendo en cuenta la regulación con la que contamos esta opción podría ser la más adecuada desde un enfoque en el que se coloque en el centro el reconocimiento de derechos laborales en favor de quien lleva acabo esta tarea y ello por dos motivos: la persona que requiere la asistencia personal recibiría el servicio y la persona que lo presta quedaría amparada por el Derecho del Trabajo en tanto que trabajadora por cuenta ajena. No obstante, esta solución que podría resolver provisionalmente el problema plantea no pocas dificultades tanto para quien recibe el servicio como para quien lo presta.

Así, por lo que se refiere a la persona que recibe el servicio de asistencia personal debería reconocérsele la posibilidad de elegir a la persona que le va a prestar el servicio. A este respecto hay que tener presente que la Observación describe la asistencia personal como un servicio cuasi gestionado por quien recibe la asistencia personal y a la hora de formalizar el contrato de trabajo la última palabra en el proceso de selección debería tenerla el usuario del servicio, aun cuando quien contrata a la persona

que va a trabajar como asistente personal es la empresa o entidad que lo proporciona y con la que contrata quien lo requiere. Por tanto, las empresas o entidades que se dediquen a proporcionar este tipo de actividad deberían hacer partícipe al usuario del servicio de la fase de selección, de modo que pudiera conocer y elegir a los potenciales trabajadores que posteriormente le prestarían el apoyo. De hecho, a este respecto, como acabamos de ver, el Acuerdo del CTSSAAD, aprobado en mayo de 2023, hace referencia por primera vez al hecho de que si el servicio es contratado a través de empresa o entidad las condiciones de idoneidad necesarias para prestar los servicios “serán valorados por la propia persona en situación de dependencia, o quien ostente su representación legal en el caso de personas menores de edad”, exigiéndose por otra parte en todo caso que la empresa o entidad esté acreditada, por parte de la administración competente para la prestación del servicio.

Las empresas o entidades que se dediquen a proporcionar este tipo de actividad deberían hacer partícipe al usuario del servicio de la fase de selección, de modo que pudiera conocer y elegir a los potenciales trabajadores que posteriormente le prestarían el apoyo.

3.3. La contratación de asistencia personal a través de empresa o entidad privada: disfunciones respecto del procedimiento de acreditación y/o autorización de empresas y entidades proveedoras del servicio de asistencia personal en el Principado de Asturias

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia establece en su artículo 14.2 que “los servicios del Catálogo del artículo 15 tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados”. Asimismo, el art.34.2 encomienda al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia la fijación de criterios comunes sobre acreditación de centros, servicios y entidades. Así pues,

cuando una empresa, una entidad o una persona física tienen la intención de ofrecer un servicio de asistencia personal en cualquier caso ha de estar inscrito en el registro correspondiente. En particular en el caso del Principado de Asturias ha de estarlo en el registro de entidades, servicios y centros de carácter social de la Comunidad del Principado de Asturias, lo que, en otras palabras, permite afirmar que "estar inscrito en dicho registro equivale a estar acreditado por la consejería de derechos sociales y bienestar". La acreditación es el acto por el que la consejería competente en materia de bienestar social certifica que un servicio de titularidad privada, previamente autorizado, reúne especiales condiciones de calidad en la prestación de los servicios ofertados, y declara la idoneidad de su integración en la red de centros y servicios del SAAD y, en general, para desempeñar sus funciones como parte del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública.

El Decreto de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Autorización, Acreditación, Registro e Inspección de Centros y Servicios Sociales, que derogó el Decreto 79/2002, de 13 de junio, por el que se había aprobado el Reglamento de autorización, registro, acreditación e inspección de centros de atención de servicios sociales, hace referencia tanto a la acreditación de centros, como a la de servicios. Por lo que se refiere a los primeros, los trámites a seguir para ser autorizados y/o acreditados se recogen de manera específica y cabe afirmar que el procedimiento es adecuado y no plantea problemas dignos de mención. Sin embargo, cuando una empresa, una entidad o una persona física pretende autorizar y/o acreditar un servicio de asistencia personal prestado en el marco del SAAD y se dirige a la consejería competente para hacerlo, el procedimiento a seguir no es del todo claro.

A diferencia de lo que ocurre respecto del servicio de ayuda a domicilio o de teleasistencia, que son los más dispensados en el Principado de Asturias, respecto de los cuales la información es más clara y las directrices a seguir también lo son, para acreditar el

A diferencia de lo que ocurre respecto del servicio de ayuda a domicilio o de teleasistencia, que son los más dispensados en el Principado de Asturias, respecto de los cuales la información es más clara y las directrices a seguir también lo son, para acreditar el servicio de asistencia personal es preciso seguir por un proceso largo, tedioso y poco preciso.

servicio de asistencia personal es preciso seguir por un proceso largo, tedioso y poco preciso.

Tal vez ello sea debido a que en estos momentos en el Principado de Asturias el número de solicitudes de autorización y/o acreditación que reciben es escaso y, en consecuencia, el procedimiento a seguir está falto de un mayor grado de concreción y transparencia. Así, y a efectos ejemplificativos, cabe mencionar las dificultades para saber con claridad a dónde hay que dirigirse, así como cuál es la documentación susceptible de ser aportada. Es claro que ha de seguirse el procedimiento de acreditación de servicios, pero sería recomendable contar con adaptaciones procedimentales apropiadas cuando el servicio que se quiere acreditar es el de asistencia personal, pues sus particularidades justifican dicha especificación. En otras palabras, una empresa, entidad o persona física que quiera iniciar el procedimiento probablemente tendrá bastantes dificultades para acreditar el servicio de asistencia personal que quiera prestar porque en estos momentos se viene siguiendo el modelo de acreditación de centros los cuales prestan un servicio totalmente distinto al de asistencia personal.

(6) La Resolución de 22 de junio de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por medio de la cual se habían desarrollado los criterios y condiciones para la acreditación de centros de atención de servicios sociales en el ámbito territorial del Principado de Asturias, en uso de las facultades conferidas por la disposición final primera del Decreto 79/2002, de 13 de junio, por el que se había aprobado el Reglamento de autorización, registro, acreditación e inspección de centros de atención de servicios sociales, preveía únicamente la acreditación de centros, pero no la de servicios, que fue derogado por el Decreto 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento de Autorización, Acreditación, Registro e Inspección de Centros y Servicios Sociales. Esta ausencia de previsión provocó que entre 2009 y 2011 se estableciera una acreditación provisional para los servicios de ayuda a domicilio, teleasistencia y asistencia personal. Así pues, en estos momentos en el Principado de Asturias existen entidades y empresas que prestan el servicio al amparo de una acreditación inicialmente prevista con carácter provisional al no establecerse en la norma de 2011 un régimen transitorio adecuado.

En estos momentos en el Principado de Asturias solo existe una entidad sin ánimo de lucro acreditada para prestar el servicio de asistencia personal y además el carácter de su acreditación es provisional⁶. No se cuenta con datos de otras empresas, entidades o personas físicas que desde el 2011 hayan tramitado la autorización y la acreditación según la normativa aplicable. COCEMFE Asturias inicio el trámite en junio 2022, que tras mucho trabajo junto con el servicio de inspección y calidad de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar consiguió concretar el proceso de acreditación e iniciar la solicitud y al hacerlo se pudo observar que el Servicio de Inspección y Calidad de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar también se estaba enfrentando a un reto importante, el de aplicar un procedimiento general a un servicio que se caracteriza por su flexibilidad y que presenta ciertas peculiaridades.

Por último, hay que indicar que las dificultades con las que se puede encontrar una entidad o empresa a la hora de llevar a cabo este trámite aumentan cuando es una persona física la que pretende hacerlo, pues a este respecto se plantean más interrogantes.

3.4 La contratación de asistencia personal a través de empresa o entidad privada: disfunciones respecto de las condiciones de trabajo

Entablada la relación contractual entre la empresa proveedora del servicio de asistencia personal y quien va a prestarlo, nos encontramos ante una persona que trabaja por cuenta ajena para una empresa prestando un servicio por el que ésta recibirá un precio que ha de ser abonado por quien recibe la asistencia personal. Las condiciones de trabajo de quien presta dicho servicio deberían ser las establecidas en el convenio colectivo, si es que nos encontramos ante un supuesto en el que la empresa hubiera negociado un convenio, porque si no es así nos encontramos ante un problema adicional de regulación, cual es la ausencia de convenio colectivo aplicable. La asistencia personal no se puede identificar con la ayuda domicilio ni con otros tipos de actividad correspondientes a sectores en los que se han negociado convenios colectivos. Por tanto, en estos momentos, salvo que se haya negociado un convenio de empresa habrá que estar a lo establecido en el contrato de trabajo cuyo contenido, como no podía ser de otra manera, ha de respetar las previsiones estatutarias. Regla esta última a la que hace referencia de manera expresa el acuerdo del Acuerdo del CTSSAAD por el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en cuyo apartado quinto al mencionar los requisitos para la contratación y prestación del servicio dentro del sistema para la autonomía y atención a la dependencia indica que: “la contratación del servicio de asistencia personal prestado por trabajadores por cuenta ajena deberá respetar y ser interpretada conforme a los principios de la relación laboral ordinaria basados en lo establecido en el artículo 3 ET” y el contrato ha de celebrarse por escrito incluyéndose, como mínimo, el objeto de la asistencia personal, la duración, el período de prueba, la jornada de trabajo, la retribución y las causas de extinción y la cláusula de confidencialidad⁷.

Una de las condiciones de trabajo en torno a las que pueden surgir más problemas es la jornada de trabajo. A este respecto hay que tener en cuenta que en los casos en los que la asistencia personal se requiera más allá de lo que corresponde a los parámetros de la jornada máxima establecida en la norma será necesario contar con más de una persona que preste el servicio. Asimismo, será preciso diseñar un régimen de suplencias para que quien preste el servicio de asistencia personal pueda ejercitar sus derechos, entre otros, al descanso, a las vacaciones o a la conciliación familiar. En estos casos la empresa será la encargada de gestionar todos estos aspectos que tienen que ver con la prestación del servicio, pero sin perder de vista que para ofrecer un servicio acorde con los parámetros que fija la Convención sería recomendable, en realidad más que recomendable, imperativo, que quien reciba la asistencia personal haya podido participar en la elección de todas esas personas. En otras palabras, quien recibe la asistencia personal debería poder implicarse en la selección de todos los integrantes del equipo humano que le va a prestar dicho servicio.

(7) Requisitos que extrañamente también parecen ser exigidos cuando el servicio de asistencia personal se contrata directamente con persona dada de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social (Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia -apartado 5.b-).

3.4 La contratación de asistencia personal a través de empresa o entidad privada: disfunciones respecto de las condiciones de trabajo

La relación existente entre la persona que presta el servicio y quien lo recibe, con independencia de la presencia de un tercero a través del cual se contrata el servicio, es una relación basada en la confianza. Por este motivo el régimen extintivo del contrato de trabajo ha de ser modulado cuando los motivos de su extinción no pueden ser acreditados por la empresa, que es la que contrata. Dicha situación se da claramente en aquellos casos en los que quien venía recibiendo la asistencia personal ya no está conforme con el modo en que se le presta dicha asistencia, pero no es posible aportar ninguna justificación objetiva más allá de dicha disconformidad o una potencial pérdida de confianza. En estos casos hay que plantearse qué causa de extinción podría alegar la empresa y teniendo en cuenta lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores en este momento cabría reconducir el supuesto a una causa de extinción objetiva, probablemente la establecida en el art. 52.a ET, esto es, la ineptitud sobrevenida. Esta opción interpretativa implicaría entender la aptitud como una cualidad exigible a quien presta el servicio de asistencia personal en sentido amplio. No obstante, encontramos aquí otra de las dificultades de aplicar reglas generales a un supuesto particular que no cuenta con regulación específica, pues no se puede perder de vista que quien pretende la cesación del servicio de asistencia personal no es el empleador sino el receptor del servicio, que, por otra parte, no tiene ninguna relación contractual con quien desarrolla la actividad de asistencia personal, pero que ha de contar con poder de disposición para decidir quién o quiénes le van a prestar el apoyo que requiera. Asimismo, también habría que preguntarse cómo actuar y qué causas alegar si es la empresa la que quiere extinguir el contrato de trabajo por razones ajenas a la prestación del servicio y a la opinión de quien lo recibe.

4

Asistencia personal mediante contratación directa: la mejor opción, pero no con la regulación vigente

Otra de las fórmulas susceptibles de ser utilizadas para recibir el servicio de asistencia personal es la contratación directa. En este caso sería la persona con diversidad funcional que recibe la asistencia quien firmaría el contrato y la cuestión que hay que aclarar es si dicho contrato puede ser calificado como contrato de trabajo y si, en consecuencia, constituye fuente de una relación laboral. A la luz de la filosofía del MVI y del contenido de la Convención la persona que presta servicios de asistencia personal lo hace sin contar con autonomía por lo que estamos ante trabajo por cuenta ajena. Ahora bien, esta afirmación que no parece admitir matices suscita una serie de dudas que ponen de manifiesto lo particular de esta situación.

Dichas particularidades se predicen tanto respecto de quien trabaja como de quien recibe la asistencia personal y se convierte en empleadora a estos efectos. Cierto es que la definición de persona empleadora en nuestro ordenamiento jurídico laboral viene dada por referencia a la de persona que trabaja por cuenta ajena, pero tal vez sería preciso revisar esas categorías cuando nos encontramos ante la contratación directa de una prestación personal. En estos momentos, el ordenamiento jurídico no ofrece categorías intermedias, de modo que si convenimos estar en presencia de una persona que trabaja por cuenta ajena al otro lado tendremos a una persona que ejerce como empleadora con todas las obligaciones y derechos que ello implica para las dos partes. En este caso quien reciba la asistencia personal debería cumplir con las obligaciones correspondientes en materias tan variadas como la protección de seguridad social, las condiciones de trabajo y el variado elenco de derechos de los que quien trabaja por cuenta ajena es titular. No habría matices ni modulaciones, pues ni siquiera se cuenta en este caso con una regulación "especial".

Cabría la posibilidad de plantearse si la relación que se entabla en el caso que nos ocupa podría llegar a tener la consideración de relación laboral de carácter especial de tal manera que, siguiendo el esquema de la relación laboral de carácter especial al servicio del hogar se podrían introducir aquellas matizaciones que resultasen pertinentes. Sin embargo, no es esta la situación ante la que nos encontramos, pues el legislador no ha calificado todavía esta situación como relación laboral de carácter especial y por tanto se aplicará el Derecho del Trabajo en bloque, con todas las disfunciones que ello genera y que en algunos casos serán las mismas que están presentes en la prestación de servicios en el hogar, pese a contar con una regulación especial.

En definitiva, no existe en este momento una regulación particular para el caso que nos ocupa y por tanto la condición de persona empleadora de quien recibe la asistencia personal porque la prestación que recibe se lleva a cabo en condiciones de dependencia, ajenidad, onerosidad y voluntariedad implica la aplicación en bloque de todas las obligaciones que el Derecho del Trabajo impone a quien ostenta dicha condición. Las disfunciones respecto de la extinción del contrato, la ausencia de regulación convencional o las dificultades para aplicar el cumplimiento de las reglas en materia de prevención de riesgos o incluso las dificultades para vigilar el cumplimiento de las normas en general también están presentes, incluso con más intensidad, cuando la relación se entabla entre dos personas físicas donde una recibe la asistencia y la otra la proporciona.

Balance y conclusiones

La figura del asistente personal está poco desarrollada en nuestro país, de hecho se hace referencia no al asistente personal sino a la asistencia personal en la LPAD desde 2006 entendida como una prestación económica mediante la cual cofinanciar los apoyos que las personas con cualquier grado de dependencia requieran para lograr el mayor grado de autonomía posible. El número de personas que disfrutan de esta prestación si lo comparamos con el número de beneficiarios de otros servicios que ofrece el SAAD no es elevado, tal vez debido a que no es una prestación demasiado conocida o tal vez debido a que las cuantías asociadas a ella no son muy elevadas. Por otra parte, y en coherencia con lo anterior, el número de personas que prestan la actividad de asistencia personal en el contexto analizado todavía no es muy numeroso, aunque resulta difícil su cuantificación por diferentes razones entre ellas la ausencia de regulación clara, las dificultades de control debido entre otros motivos a la variedad de espacios donde se desarrolla la asistencia personal (el domicilio, el lugar de trabajo, los distintos lugares de ocio o, en definitiva, los espacios en los que la persona que recibe la prestación quiera permanecer en el ejercicio de su autonomía) y la perniciosa presencia de la economía sumergida.

En este apartado del Informe nos hemos centrado en las vías que existen en estos momentos para proveerse de asistencia personal y en particular en las dificultades para ello. A este respecto hay que concluir en primer lugar que en el Principado de Asturias el procedimiento para habilitar y autorizar a entidades, empresas o trabajadores autónomos susceptibles de proporcionar asistencia personal no es claro ni accesible, a la par que muy lento en la respuesta que ofrece la Administración, lo que puede estar vinculado a la denunciada ausencia de claridad a la hora de conocer cuáles son los trámites a seguir, y la documentación a presentar en cada caso. Por esa razón resulta prioritario diseñar un procedimiento que permita saber dónde, cómo y en qué momento se pueden acreditar/autorizar a quienes van a prestar asistencia personal, con independencia de la fórmula bajo la que lo hagan.

En segundo lugar, y una vez superados los obstáculos vinculados a las cuestiones procedimentales de acceso a la provisión del servicio de asistencia personal, resulta necesario aclarar cuál es el estatuto jurídico de la persona que presta servicios como asistente personal y cuáles son los deberes y obligaciones de quién recibe la prestación. La solución a esta cuestión no es una competencia autonómica y por tanto debería ofrecerse una solución a nivel estatal, que pasa por la regulación de la relación entre quien presta el servicio y quien lo recibe lo que obliga a calificar con carácter previo el tipo de relación ante la que nos encontramos.

En este Informe se aboga por un análisis de las categorías existentes a la luz del MVI y del contenido de la Convención en virtud del cual entre quien presta el servicio de asistencia personal y quien lo recibe solo cabe entablar una relación laboral, pues sostener la posibilidad de que dicha prestación se ofrezca en régimen de trabajo por cuenta propia no está alineado con los postulados del MVI ni con las imposiciones de la Convención. Sin embargo, como se ha podido comprobar, la normativa autonómica (la del Principado de Asturias es una muestra de ello) a la hora de regular la prestación económica de asistencia personal establece que la contratación del asistente personal podrá realizarse mediante un contrato con empresa o entidad privada, o directamente a través de contrato con el asistente personal, lo que contribuye a generar más confusión a la hora de concretar las vías mediante las cuales se puede acceder a la asistencia personal.

Así pues, es necesario calificar la prestación de asistencia personal que, en todo caso y con independencia de la fórmula empleada para proveerse del servicio, sería a nuestro juicio trabajo por cuenta ajena. Además, se han puesto de manifiesto cuáles son las dificultades que provoca la ausencia de regulación y por tanto cuáles serían los puntos clave que de manera urgente deberían abordarse, haciendo especial hincapié en la contratación y en el contenido de la formación básica requerida que en determinados casos y en función de las necesidades de apoyo concreto de quien recibe la prestación podría exigir cierta formación adicional, que podría tratarse como una exigencia específica del puesto de trabajo y no como un requisito formativo exigible con alcance general.

En materia de contratación parece claro que lo adecuado es acudir a la contratación indefinida ordinaria, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, pues por el tipo de actividad y su finalidad difícilmente podemos hablar de necesidades de carácter temporal. En el otro extremo de la relación laboral será necesario modular algunas de las causas de extinción que se prevén con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores, tal y como se ha hecho a la hora de regular aquellas relaciones laborales especiales en las que la confianza entre las partes desempeña un papel muy importante. Por último, nos encontramos ante un escenario en el que la flexibilidad en materia horaria será un componente importante, lo que debería ser tenido en cuenta a la hora de fijar la retribución de quien presta la asistencia personal.

A la hora de elaborar una posible regulación no debería perderse de vista la necesidad de equilibrar el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad y el derecho a la dignidad de quienes prestan un servicio personal a cambio de una retribución, con todo lo que ello supone desde el punto de vista de las condiciones de trabajo. Estamos ante lo que ya se está empezando a calificar como "un nicho de empleo". Algunos sindicatos, asociaciones y políticos así lo entienden. De hecho, en algunos casos se está empleando dinero público a través de los programas correspondientes para impartir el curso básico de asistencia personal, que además en algunos otros se dirige de manera específica a ciertos colectivos, como por ejemplo "mujeres en riesgo de exclusión social". No parece que en España el número de personas que prestan una actividad de asistencia personal sea muy numeroso, pero en la medida en que esta figura es cada vez más conocida y sobre todo en la medida en que se está llevando a cabo un incremento de las cuantías de la prestación económica pública dirigida a cofinanciar el servicio por parte de las comunidades autónomas y del Estado cabe pensar que la presencia de esta figura irá en aumento.

Estamos ante una actividad que por el modo en que se desarrolla y principalmente cuando es llevada a cabo mediante una contratación directa entre quien presta el servicio y quien lo recibe podría quedar al margen del ordenamiento jurídico porque aunque el hecho de que en los casos en los que se cumplan los requisitos para tener derecho a una prestación económica pública para cofinanciar el servicio impone un control público que evita caer en esa situación, el problema reside en que hasta el momento, los datos ponen de manifiesto que hay más personas prestando el servicio que número de prestaciones concedidas lo que evidencia la existencia de casos probablemente calificados de manera inadecuada o directamente situados al margen del ordenamiento jurídico. A esta situación se añade el hecho de que salvo algunas excepciones no se está reflexionando sobre las necesidades de las personas que prestan el servicio sino de manera prioritaria sobre las de quienes lo reciben.

La escasa atención que se ha mostrado hasta el momento sobre esta cuestión ha de sustituirse por un análisis detenido de esta figura y del contexto en que se desarrolla la actividad, lo que impone no perder de vista la existencia de otro tipo de actividades y prestaciones con las que se puede confundir. Se defiende además que una apropiada regulación de esta forma de empleo evitaría repercusiones negativas de género, habida cuenta del carácter mayoritariamente femenino del colectivo de personas trabajadoras de este ámbito, avocadas con frecuencia a la precariedad y la economía sumergida si no disponen de un idóneo marco regulatorio de su actividad.

CONCLUSIONES

Señalábamos inicialmente, en la “Presentación” de este Informe, que con él pretendemos contribuir a dar mayor visibilidad a una figura poco conocida y que está llamada a convertirse en una herramienta indispensable para cambiar el paradigma del efectivo disfrute de sus derechos por las personas con discapacidad, y a lo largo de sus páginas hemos tratado la justificación, fundamentación, objetivos, límites, garantías y exigencias constitucionales y necesidades y propuestas de su actual regulación laboral y de la que debería estar por llegar. Corresponde ya finalmente apuntar las conclusiones obtenidas, presentadas ahora de forma sucinta y abierta porque ya han sido desarrolladas en profundidad, y cerradas, en el sucesivo análisis de los tres bloques de fundamentación y crítica, dimensión constitucional y regulación laboral.

En concreto, en la primera parte del Informe, centrada en la justificación, objetivos y límites, se destaca que: La “asistencia personal” es una institución jurídica “nueva” que tiene por finalidad garantizar una posibilidad plena y cierta de que las personas en situación de discapacidad desarrollen su derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, el correcto desarrollo jurídico y político de esta nueva institución exige articular numerosas medidas e instrumentos de distinta naturaleza que deben ser garantes de la posición y los derechos de las dos partes de la relación jurídica de la asistencia personal: la persona que precisa esa asistencia y la persona que desarrolla la actividad de asistencia personal.

La igualdad que desatiende las circunstancias de diversidad material de quienes pertenecen a los grupos caracterizados por “condiciones o categorías sospechosas” de discriminación (edad, género, orientación, ideología, etnia, características físicas, funcionales, etc.) no es una forma de igualdad ni incompleta ni parcial, es un modo de ocultar la injusticia y discriminación sistémica e institucional, y en esto se profundiza en el desarrollo constitucional del informe.

La asistencia personal debe comprenderse en el marco del Movimiento por la Vida Independiente, que rechaza el modelo medicalizado y paralizador y reclama un tratamiento integral de las situaciones de diversidad funcional que permita a las personas desarrollar en la mayor medida posible su autonomía y los derechos.

El correcto desarrollo de la institución requiere profundizar, asistir y potenciar el alcance de la autonomía, control y poder de decisión de la persona con discapacidad en las distintas situaciones y respecto de su asistente redefiniendo en favor de la igualdad de oportunidades la tensión entre paternalismo y la autonomía, la tutela y la autogestión, lo que a su vez conduce a afrontar situaciones complejas, arriesgadas o controvertidas y propias a diversidades funcionales, físicas, motoras, intelectuales, psíquicas, sus grados, las edades, etc.

Las trampas valorativas y de enjuiciamiento de determinados términos no solo afectan a las personas en situación de discapacidad, también acucian social y jurídicamente al “asistente personal”. Porque acostumbrados a definir la productividad a partir de un modelo capitalista de réplicas, y a definir el ámbito público por la productividad y el privado por el cuidado, resulta que la “asistencia personal” es condicionada por las notas propias de una actividad importante, nadie lo discute, quizá encomiable, pero privada y emocional y no regulada o lastimosamente introducida en clave de escasa retribución y condiciones de realización duras, pocas atractivas y escasamente controladas.

Tras introducirse la “asistencia personal” y luchar por su efectiva implantación, se mantiene la disputa sobre lo que ser, en qué tiene que formarse un o una “asistente personal” para serlo y poder prestar sus servicios remunerados a una persona en situación de discapacidad, una cuestión a la que incidentalmente se volverá en otros puntos de este informe y a la que se ofrece un comienzo de respuesta formativo y ambicioso en favor de los derechos de ambas partes.

El “trabajo decente” es el Objetivo 8 de Desarrollo Sostenible. Una decencia laboral que viene a reemplazar la anterior aspiración de dignidad laboral. Y es que, el trabajo es o no decente dependiendo de las condiciones de la prestación del servicio, mientras que la dignidad se refiere a las dos personas involucradas en la relación de trabajo, el o la asistente y la persona en situación de discapacidad.

La dignidad de la persona en situación de discapacidad y en relación con su derecho fundamental a una vida independiente sirve de referente y criterio de racionalización y justificación de la regulación jurídica de la “asistencia personal” como un “trabajo decente” que se pone al servicio de la “dignidad” del “asistente personal” pero también de quien es asistido.

En consecuencia, la dignidad es la condición que preside la relación entre dos personas, asistente y asistido/a, y que actúa como criterio de justificación y guía normativa de la “asistencia personal” a partir de la “estrategia de las 3R”: “reconocimiento-resignificación”, redistribución” y “representación”.

En relación con la asistencia personal de los niños, niñas y adolescentes y de las personas mayores, todos somos titulares de todos nuestros derechos y de nuestra dignidad en todas las etapas, momentos y circunstancias de la vida. Y esto tiene una importancia capital respecto de la institución de la asistencia personal. La edad es un factor de vulnerabilidad, una “condición sospechosa” de generar discriminación y el deber político jurídico público es luchar activamente contra la estructural convicción y práctica de la discriminación por razón de edad, la de los mayores y la de los pequeños. Y no es una opción, pues el concepto conjugado de la igualdad formal, la que proclama que todos y todas somos iguales en derechos y cargas, al margen la edad o la discapacidad, es la igualdad material impuesta por el art. 9.2 CE conforme al que el Estado y el Derecho deben remover los obstáculos que impiden disfrutar en pie de igualdad de los derechos. Excluir de la asistencia personal a mayores de 64 es, seguramente, una discriminación jurídica. Y convertir la asistencia personal de niños, niñas y adolescentes en asistencia terapéutica, también.

En particular, y en este contexto, un elemento importante de la discriminación por edad que se agrava por la situación de discapacidad es la violencia sistémica a la que se enfrentan niños, niñas y adolescentes.

Esto recomienda contemplar, como se desarrolla en el Informe, la “asistencia personal” en la infancia y adolescencia también a través de la Ley Orgánica 8/2021, 04/06, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPINIAV). Una ley que trata de afrontar el complejo entramado de la violencia doméstica, violencia y/o la intimidación escolar, intimidación, violencia y/o promoción de conductas dañinas de las redes, agresiones sexuales en todas sus formas, violencia de género, menosprecio cultural, etc. que pueden convertir la infancia y la adolescencia en la peor etapa de la vida de quienes tienen poca edad.

La segunda parte del informe se centra en el análisis del marco constitucional que debe ser tenido en cuenta a la hora de configurar la función de asistencia personal. En particular, se destaca:

- ❖ La especial incidencia de la cláusula de Estado social contenida en el art. 9.2 de la Constitución Española de 1978, y su relación con el principio rector de inclusión de las personas con discapacidad del art. 49. Ambos preceptos, en conexión con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, junto con la exigencia de interpretación conforme al derecho internacional consignada en el art. 10 CE, fundamentan la necesidad de profundizar en la garantía de la asistencia personal a las personas con discapacidad, así como de valorar que su vulneración pueda suponer un comportamiento discriminatorio.
- ❖ En la regulación de la figura de la asistencia personal el Estado goza de la competencia exclusiva recogida en el art. 149.1.1º: las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales. Dicho título competencial fundamenta la posibilidad de establecer una regulación a nivel estatal que establezca unos contenidos mínimos obligatorios en cuanto a la formación de las personas que vayan a desempeñar la asistencia personal, garantizando así un adecuado conocimiento no solo en los aspectos socio-sanitarios, sino también de lo relacionado con los derechos fundamentales de la persona que recibe la asistencia.
- ❖ La perspectiva de derechos fundamentales debe estar presente en todo momento en las relaciones que se establecen en el marco de la asistencia personal. El punto de partida es la autonomía de la persona que la recibe, constituyéndose la asistencia personal como una herramienta al servicio del libre desarrollo de la personalidad y del efectivo disfrute de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. La asistencia personal debe entenderse como un apoyo para que la persona con discapacidad, titular del derecho, lo pueda ejercer autodeterminando libremente su comportamiento en el marco de la esfera de libertad y el haz de facultades protegido por cada derecho.
- ❖ Por último, se destaca la especial importancia de garantizar la protección del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de la persona con discapacidad. La persona que realice la asistencia personal fácilmente entrará en contacto con sus creencias religiosas, ideológicas y/o políticas, con su orientación

e identidad sexual y de género, con el disfrute de la libertad sexual, etc. Es imprescindible que la propia lógica inherente a la asistencia personal, ligada al derecho a la vida independiente, y el enfoque de derechos de las personas oriente en todo momento la conducta de quien realiza la asistencia, que ha de mantener un respeto escrupuloso de las decisiones libremente adoptadas por la persona con discapacidad, evitando la tentación del paternalismo que pudiera llevarla a compartir esa información reservada con el entorno familiar de la persona asistida.

Igualmente, la realización de la labor de asistencia personal puede requerir, en ciertas situaciones, que quien gestiona o quien realiza la prestación acceda a datos sensibles de la persona -particularmente del ámbito de la salud-, por lo que en todo momento deberá garantizarse una adecuada protección de los mismos.

Este informe culmina con una tercera parte centrada en la concepción y regulación laboral de la asistencia personal en nuestro país. Destacando las siguientes conclusiones:

- ◆ **La figura del asistente personal está poco desarrollada en nuestro país.** Existen en estos momentos diferentes vías para proveerse de asistencia personal y no son pocas las dificultades para ello. A este respecto hay que concluir en primer lugar que en el Principado de Asturias el procedimiento para habilitar y autorizar a entidades, empresas o trabajadores autónomos susceptibles de proporcionar asistencia personal no es claro ni accesible por lo que resulta prioritario diseñar un procedimiento que permita saber dónde, cómo y en qué momento se pueden acreditar/autorizar a quienes van a prestar asistencia personal, con independencia de la fórmula bajo la que lo hagan.
- ◆ **Es necesario aclarar cuál es el estatuto jurídico de la persona que presta servicios como asistente personal y cuáles son los deberes y obligaciones de quién recibe la prestación.** La solución a esta cuestión no es una competencia autonómica y por tanto debería ofrecerse una solución a nivel estatal, que pasa por la regulación de la relación entre quien presta el servicio y quien lo recibe lo que obliga a calificar con carácter previo el tipo de relación ante la que nos encontramos.

En este Informe se aboga por un análisis de las categorías existentes a la luz del MVI y del contenido de la Convención en virtud del cual entre quien presta el servicio de asistencia personal y quien lo recibe solo cabe entablar una relación laboral, pues sostener la posibilidad de que dicha prestación se ofrezca en régimen de trabajo por cuenta propia no está alineado con los postulados del MVI ni con las imposiciones de la Convención.

Son diversas las dificultades que provoca la ausencia de regulación y por tanto es preciso identificar cuáles son los puntos clave que de manera urgente deberían abordarse, haciendo especial hincapié en la contratación y en el contenido de la formación básica requerida, que en determinados casos y en función de las necesidades de apoyo concreto de quien recibe la prestación debería completarse con formación adicional, que incluso podría convertirse en una exigencia específica del puesto de trabajo.

A la hora de elaborar una posible regulación de esta figura no debería perderse de vista la necesidad de equilibrar el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad y el derecho a la dignidad de quienes prestan un servicio personal a cambio de una retribución, con todo lo que ello supone desde el punto de vista de las condiciones de trabajo. Estamos ante una actividad que por el modo en que se desarrolla y principalmente cuando es llevada a cabo mediante una contratación directa entre quien presta el servicio y quien lo recibe podría quedar al margen del ordenamiento jurídico porque aunque el hecho de que en los casos en los que se cumplan los requisitos para tener derecho a una prestación económica pública para cofinanciar el servicio impone un control público que evita caer en esa situación, el problema reside en que hasta el momento, los datos ponen de manifiesto que hay más personas prestando el servicio que número de prestaciones concedidas lo que evidencia la existencia de casos probablemente calificados de manera inadecuada o directamente situados al margen del ordenamiento jurídico. A esta situación se añade el hecho de que salvo algunas excepciones no se está reflexionando sobre las necesidades de las personas que prestan el servicio sino de manera prioritaria sobre las de quienes lo reciben. En definitiva, la escasa atención que se ha mostrado hasta el momento sobre esta cuestión ha de sustituirse por un análisis detenido de esta figura y del contexto en que se desarrolla la actividad, lo que impone no perder de vista la existencia de otro tipo de actividades y prestaciones con las que se puede confundir.

ANEXOS

ANEXO NORMATIVO

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del 13 de diciembre de 2006.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Decreto de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Autorización, Acreditación, Registro e Inspección de Centros y Servicios Sociales.

Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

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.

Real Decreto 675/2023, de 18 de julio, por el que se modifica 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, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

Resolución de 11 de diciembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que modifica parcialmente el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Resolución de 24 de mayo de 2022, de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, de primera modificación de la Resolución de 30 de junio de 2015, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en el Principado de Asturias.

Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alonso Olea, M. “En torno al concepto de contrato de trabajo”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. I, 1967.

Asís Roig, R. de. “Apoyo y asistencia personal”, *Ius Fugit*, nº. 22, 2019.

Barnes, C.; Mercer G. *Disability*, Polity Press, 2003.

Bayón Chacón, G. “El concepto de dependencia en el Derecho del trabajo: ¿comienza una evolución jurisprudencial?”, *Revista de Derecho Privado*, 1961.

Carbonell Aparici, G. J. “El movimiento de vida independiente en España”, *Revista Española de Discapacidad*, nº. 7 (II), 2019.

Carbonell Aparici, G. J. “Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional”, *Trabajo Social Hoy*, nº. 83, 2018.

Castro Argüelles, M.A. “Contratos de actividad no laborales”, J. García Murcia (Ed.), *El trabajo Autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson Aranzadi, 2007.

García Murcia, J. “Trabajo autónomo”, J. García Murcia (Ed.), *El trabajo Autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson Aranzadi, 2007.

Goerlich Pesset, J.M. “Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, nº. 3, 1998.

González-Rodríguez, R.; Verde-Diego, C.; Pérez-Lahoz, V. “La asistencia personal como nuevo derecho de ciudadanía: una mirada desde el ámbito de los profesionales de la salud”, *Cultura de los Cuidados*, nº. 23 (53), 2019.

López-Pérez, M.; Álvarez-Nieto, C. “La asistencia personal en España. Perspectiva de sus protagonistas: personas beneficiarias, responsables de la asistencia personal de las entidades proveedoras y asistentes personales”, *Trabajo Social Global - Global Social Work*, vol. 10, nº. 19, 2020.

Martín Valverde, A.; García Murcia, J. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2022.

Menéndez Sebastián, P. “Exclusividad o plena dedicación del trabajador”. J. García Murcia (Ed.), *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, 2023.

Montalvo Correa, J. *Fundamentos de Derecho del trabajo*, Cívitas, 1975.

Ojeda Avilés, A. “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, *Revista de la Facultad de Derecho*, nº. 60, 2007.

Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CINCA, 2008.

Raymond, W. “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, *Temas Laborales*, nº. 40, 1996.

Rodríguez Cardo, I. “El margen de libertad del trabajador para rechazar encargos o tareas”, J. García Murcia (Ed.), *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, 2023.

Rodríguez-Piñero Royo, M. “Todos eran mis hijos: el Derecho del Trabajo y las nuevas formas de empleo”, *Derecho & Sociedad*, nº. 53, 2020.

Rueda Monroy, J.A. “La asistencia personal, ¿una relación laboral típica?”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº. 6 (2), 2021.

Sánchez-Urán Azaña, Y. “La idea de inserción en el círculo organicista del empresario, los criterios de programación del trabajo y la existencia de órdenes e instrucciones”, J. García Murcia (Ed.), *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Tecnos, 2023.

VVAA. *Sexualidad y Diversidad Funcional*, Cuadernos de la Fundación Grifols, vol. 3, 2020.



COCEMFE
Asturias

C/ Doctor Avelino González, 5 bajo CP 33211
T 985 39 68 55 - federacion@cocemfeasturias.es
www.cocemfeasturias.es



GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERÍA DE DERECHOS SOCIALES Y BIENESTAR



Plan de Recuperación,
Transformación y Resiliencia



Financiado por
la Unión Europea
NextGenerationEU