

**CLÍNICA LEGAL**

U A H

**LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO PARA**

**EL RECONOCIMIENTO, DECLARACIÓN**

**Y CALIFICACIÓN DEL GRADO**

**DE DISCAPACIDAD**

 **Miguel Angel Ramiro Avilés**

 Director de la Cátedra DECADE-UAH

 Universidad de Alcalá

 (miguelangel.ramiro@uah.es)

En el presente documento se van a señalar una serie de razones y argumentos que justificarían la necesidad de replantear la *Propuesta técnica de adecuación del actual ‘Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad’ a la ‘Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud’ (CIF-OMS/2001)*. La necesidad de replantearla se debe a que su adopción no garantizaría que todas las personas con una discapacidad o con una enfermedad crónica, entre los que se encontrarían las personas con VIH, sean consideradas legalmente como ‘personas con discapacidad’ pues se sigue dando mayor importancia a la severidad de las limitaciones para las actividades que a la existencia de barreras que provienen de factores ambientales. Esto supone mantener un concepto restringido de persona con discapacidad, que no incorporaría la filosofía del modelo social de discapacidad presente en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

1. **España firmó y ratificó en 2007 la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad** (en adelante la Convención), lo cual abre, en virtud de las previsiones constitucionales del apartado 2 del artículo 10 (‘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’), del artículo 49 (‘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’) y del apartado 1 del artículo 96 (‘Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (…)’, un período de reflexión sobre el significado y alcance que tienen en nuestro sistema jurídico los principios, valores, derechos y libertades que se recogen en la Convención.

Sobre la base de dichas previsiones se han aprobado la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención; el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención; y 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.

Es ahora el momento de reformar el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Discapacidad. En ese sentido se ha redactado la *Propuesta técnica de adecuación del actual ‘Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad’ a la ‘Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud’ (CIF-OMS/2001)*, que ha sido elaborada por los grupos de trabajo creados en el seno de la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Discapacidad.

2. **La *Propuesta técnica de adecuación del actual ‘Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad’ a la ‘Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud’ (CIF-OMS/2001)* no refleja adecuadamente, al menos en la versión de febrero de 2017, el modelo social de la discapacidad que se recoge en la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad**.

Aunque pueda parecer lo contrario, el texto analizado no debe considerarse como una cuestión meramente *técnica*, alejada de los derechos humanos. Nada más lejos de la realidad ya que dependiendo de cómo se regule el procedimiento, se determinará quién en España es reconocida legalmente como ‘persona con discapacidad’, lo cual condicionará la aplicación no solo de la propia Convención sino del resto de normas que componen el subsistema jurídico que se ocupa de la discapacidad. De ahí que esa propuesta *técnica* deba recoger lo establecido en la Convención.

Pues bien, la Propuesta no respeta el modelo social de la discapacidad que se recoge en la Convención porque no reconoce la debida importancia a las barreras sociales (en especial las actitudinales) en la determinación del grado de discapacidad, esto es, en la determinación de quién es considerada como una persona con discapacidad en una sociedad dada.

Esto se debe a que el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad se basa principalmente en la deficiencia, que es de carácter individual, dejando en un segundo plano tanto las limitaciones en la actividad, que pueden ser reales o atribuidas por la sociedad, cuanto las restricciones en la participación, que es donde reside muchas veces la discapacidad desde el modelo social. El procedimiento no debe basarse sólo en la *condición* sino que debe dar mayor cabida a la *situación* y a la *posición* a la hora de determinar quién es considerada como ‘persona con discapacidad’ en un momento temporal y en una sociedad determinados.

No olvidemos que en el modelo social de la discapacidad lo que importa es la interacción entre las deficiencias y las barreras de todo tipo (incluyendo las actitudinales) que limitan o impiden la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad.

3. **La Convención adopta la filosofía del modelo social de la discapacidad, tanto para definir el fenómeno, como para describir los problemas y diseñar las soluciones y las obligaciones.** El modelo social se enfrenta a la discapacidad teniendo en cuenta la influencia que tienen los factores ambientales en la vulneración de algunos de los derechos básicos. Desde esta óptica, la discapacidad es un concepto que resulta de la interacción entre las personas con discapacidades y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. No se debe considerar a la discapacidad como un problema individual de la persona, sino como un fenómeno complejo, integrado por factores sociales. No son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados con los que asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Este mismo modelo es el que se adopta en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (en adelante CIF-2001), cuya utilización se reconoce en el RD 1971/1999, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y es el estándar normativo que pretende seguir, sin conseguirlo, la *Propuesta técnica de adecuación del actual ‘Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad’ a la ‘Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud’ (CIF-OMS/2001).*

4. **La respuesta que ofrece el modelo social a la discapacidad se basa en los derechos humanos**. El modelo de Estado consagrado en la Constitución Española de 1978 está en disposición de adoptar el modelo social de la discapacidad y de dar una respuesta basada en los derechos humanos pues está jurídicamente obligado a garantizar que todas las personas gocen en igualdad de condiciones de todos los derechos declarados y de todas las libertades reconocidas y no sufran un trato discriminatorio injustificado por motivo de la discapacidad. El modelo social aporta una respuesta basada en los derechos humanos que supone hacer comprender que (todas) las personas son ‘sujetos de derechos’ y no simples ‘objetos de políticas asistenciales’. Algunos grupos de personas, especialmente aquellas en situaciones de vulnerabilidad, tienden a ser vistos como objetos más que como sujetos de derechos y las protecciones legales asociadas al imperio de la ley o no son aplicadas o son severamente limitadas. La respuesta basada en los derechos humanos supone abandonar la tendencia de percibir a ciertos grupos de personas más como problemas que en términos de sus derechos.

5. **No se trata sólo de hacer que las personas con discapacidad tengan derechos específicos por ser diferentes (proceso de especificación) sino también y simplemente de que disfruten de los mismos derechos que el resto de las personas en igualdad de condiciones (proceso de generalización)**. El reconocimiento, la protección y el desarrollo real y efectivo de los derechos humanos en igualdad de condiciones entre todas las personas es un factor esencial para proteger la dignidad humana, la libertad y la igualdad de las personas con discapacidad. Esto exige que se reconozcan, protejan y desarrollen tanto los derechos civiles, como los derechos políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, dada la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos ellos, ya que en aquellas sociedades donde todos esos derechos están garantizados de manera efectiva, las personas con discapacidad además de ver su dignidad protegida tendrán mejores herramientas para enfrentarse al estigma y a la discriminación que están asociados a la discapacidad. Accesibilidad, diseño para todos, apoyos necesarios y ajustes razonables son elementos claves en este modelo social de la discapacidad y en la respuesta basada en los derechos humanos. Considerar a estos grupos de personas como sujetos les proporciona y garantiza un acceso completo a los beneficios de las libertades básicas que la mayoría de las personas disfrutan por descontado, y dicho acceso se hace respetando las diferencias y haciendo las acomodaciones y ajustes precisos.

6. **La adopción del modelo social de la discapacidad basado en los derechos humanos obliga a eliminar de nuestro sistema jurídico y de nuestra sociedad todas aquellas normas y todas aquellas prácticas sociales que, basándose en la discapacidad real o imaginada, visible o invisible, de una persona, las discriminan directa o indirectamente colocándolas en situaciones desventajosas contrarias a la dignidad humana**. Desde esta nueva óptica, se considera que la discapacidad es un criterio odioso e irracional si se usa de forma genérica e indiscriminada a la hora de limitar los derechos de las personas, de justificar determinadas prácticas sociales o de legitimar normas e instituciones jurídicas. De igual forma, no tener en cuenta la discapacidad para adoptar normas jurídicas o para desarrollar políticas públicas también afectaría a la igualdad de oportunidades. El modelo social aspira a que el tratamiento que se da a las personas con discapacidad se base en la búsqueda de la inclusión, respetando el principio de igualdad de oportunidades. El modelo social debe lograr la normalización de las personas con discapacidad, lo cual significa que éstas deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona. La normalización significa, pues, que a las personas con discapacidad se les deben ofrecer formas de vida y condiciones de existencia tan parecidas como sea posible a las circunstancias habituales de la sociedad a la cual ellas pertenecen, y que, al mismo tiempo, estén en condiciones de aprovecharlas en la mayor medida posible para su desarrollo y máximo nivel de autonomía.

7. **La adopción del modelo social de la discapacidad debe llevar consigo un *concepto amplio de discapacidad*.** Este concepto amplio incluye todas las situaciones caracterizadas por la limitación o imposibilidad de ejercitar adecuadamente una función corporal o una parte del cuerpo, o de poder percibir adecuadamente la realidad, emociones o juicios, o de poder participar en la sociedad, como consecuencia de una deficiencia, o de la construcción del entorno social, o de la interacción de ambos. El concepto amplio de discapacidad incluiría tanto a las personas que tienen una discapacidad, como consecuencia de una deficiencia física, sensorial, intelectual y mental, cuanto a las personas que la sociedad les atribuye o considera que tienen una discapacidad y, por ende, una deficiencia física, sensorial, intelectual y mental. Desde la óptica social y el concepto amplio de discapacidad, se tiene en cuenta la interacción entre las personas con discapacidad y las barreras debidas al ambiente que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

8. **La legislación española no incluye un concepto amplio de discapacidad** pues en el proceso de adaptación normativa se ha seguido insistiendo en la necesidad de que la titularidad de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad sólo recaiga en aquellas que «presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» y que «se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento». Esto implica que en España sigue existiendo una disociación entre el concepto de discapacidad que se incluye en la Convención y el que está presente en la legislación, condicionándose la titularidad de los derechos a la existencia de un acto administrativo dictado por un órgano técnico competente en el que se reconozca un determinado grado de severidad. Un concepto restringido de discapacidad deja fuera de la protección que concede la legislación a todas aquellas personas cuyas deficiencias no alcancen un determinado grado pero que deben seguir enfrentándose a barreras ambientales que limitan o impiden su participación plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás, en la vida política, económica, laboral, cultural, civil, social o de otro tipo. La *Propuesta técnica de adecuación del actual ‘Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad’ a la ‘Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud’ (CIF-OMS/2001)* perpetúa esa disociación.

9. **Tanto el baremo que se utiliza en el RD 1971/1999 como en la *Propuesta técnica de adecuación del actual ‘Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad’ a la ‘Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud’ (CIF-OMS/2001)*** insisten en que la severidad de las limitaciones para las actividades es el criterio principal. Por el contrario, la discapacidad, según la CIF-2001, debe concebirse como «una interacción dinámica entre los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales. Los factores contextuales incluyen tanto factores personales como factores ambientales». En la CIF-2001 no se produce una jerarquización entre los estados de salud y los factores contextuales. La baremación de la importancia se deja a criterio del legislador nacional, y en el caso de España se impide que una persona sea considerada legalmente persona con discapacidad exclusivamente por factores sociales o contextuales.

10. **El nuevo procedimiento debe ser sensible a una serie de casos muy reiterados en la sociedad española, que considera como ‘personas con discapacidad’ a personas cuya condición (las deficiencias individuales) no les impediría o limitaría la realización de determinadas actividades**. Son personas que tienen graves restricciones en la participación debido a las barreras sociales que impone el contexto. Son los casos de Ana, que está estudiando el Grado de Medicina y no sabe si podrá completar sus estudios y, en un futuro, ejercer la profesión pues tiene VIH debido a que durante su gestación se produjo la transmisión vertical. Ha conseguido una buena adherencia al tratamiento antirretroviral, su nivel de carga viral es indetectable y es consciente de que debe aplicar escrupulosamente las medidas universales de prevención de la transmisión, en especial cuando realice procedimientos invasivos. Las normas especiales que regulan en España esa situación son tan ambiguas que no existe seguridad jurídica respecto de la decisión que pueden llegar a tomar los responsables del centro educativo o sanitario. También es el caso de Blas, que quiere presentarse a una convocatoria de empleo público en la que se ofertan plazas en la Guardia Civil y no sabe si el hecho de tener VIH supone una barrera infranqueable ya que en el cuadro de exclusiones médicas se incluye a todas las enfermedades crónicas resistentes al tratamiento o que puedan agravarse por el desempeño del trabajo, y además está prevista la realización obligatoria de un examen médico. O el de Carlota, que ha sido despedida de su puesto de trabajo por tener VIH. Una vez que se le han explicado las distintas opciones de reclamación que tiene, desiste de iniciar acciones legales contra la empresa porque supondría desvelar su estado serológico. Una asociación que representa los intereses de ese colectivo de personas estaría dispuesta a iniciar las acciones legales pues ha logrado que un despacho de abogados asuma el caso en su programa de pro-bono. La demanda presentada ha sido desestimada en primera instancia porque carece de la legitimación procesal. Son algunos casos que muestran que la sociedad española ‘discapacita’ a las personas con una determinada deficiencia permanente a pesar de que, gracias a los avances médicos, no experimentan dificultades para realizar actividades en un entorno normalizado. Precisamente en la Propuesta en ningún momento se define qué significa ‘entorno normalizado’.

11. **El procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad debería permitir que una persona con VIH, que recibe tratamiento antirretroviral y mantiene una carga viral indetectable, pueda ser considerada como ‘persona con discapacidad’ sobre la base de las restricciones en la participación social como consecuencia de las barreras de un contexto que atribuye a la deficiencia una mayor gravedad y que considera que dicha persona tiene más limitaciones en el desempeño de las actividades**. Esto es, en general, el nuevo sistema debería permitir que esas personas que debido al contexto experimentan problemas para realizar actividades o para implicarse en situaciones vitales y que tienen restricciones en la participación puedan ser consideradas legalmente como ‘personas con discapacidad’ para que, al menos y aunque no puedan acceder en un primer momento a ayudas sociales, puedan beneficiarse de los instrumentos antidiscriminatorios que recoge el Derecho español para las personas con discapacidad.

12. **La cuantificación de la discapacidad no puede depender exclusivamente de la deficiencia y de la limitación; los factores sociales y contextuales no pueden ser exclusivamente criterios secundarios de ajuste del grado de discapacidad y estar subordinados a las deficiencias y a las limitaciones individuales**. Las pautas de inclusión y ajuste de grado deberían ser más sensibles a los factores sociales y al contexto real de la persona. La adopción de ese sistema de evaluación haría que una persona con VIH, que tendría un *baremo de evaluación del desempeño/restricciones en la participación* (BRP) y un *baremo de evaluación de los factores contextuales/barreras ambientales* (BFCA) altos pero un *baremo de evaluación de las funciones y estructuras corporales/deficiencia global de la persona* (BDGP) y un *baremo de evaluación de las capacidades/limitaciones en la actividad* (BLA) bajos, no podría ser considerada como ‘persona con discapacidad’. Esto se observa al considerar que el BRP no puede ser utilizado como criterio principal porque es de difícil verificación y puede estar condicionado por diversos factores ajenos al objetivo de la evaluación de la discapacidad. Incluso se advierte que el BRP puede dar lugar a ‘contradicciones’ como las antes expuestas (una baja puntuación en los elementos físicos pero muy alta en los sociales). Son precisamente esas contradicciones las que se pretenden denunciar con el modelo sociedad de la discapacidad.

13. **La falta de un concepto amplio de discapacidad en la legislación española y la falta de adecuación de la *Propuesta técnica de adecuación del actual ‘Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad’ a la ‘Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud’ (CIF-OMS/2001)* afecta negativamente a los derechos y a la igualdad de oportunidades** que como ciudadanas y ciudadanos tienen reconocidos todas las personas con VIH. Esto puede comprobarse empíricamente a través de los casos que han llegado a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, integrada en la Cátedra ‘Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos’.