

Los derechos humanos de las personas con discapacidad, desde la perspectiva de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal número 9379 y su reglamento

Paola Amey Gómez (*)
Ana Cristina Fernández Acuña (*)

RESUMEN (ABSTRACT)

La Convención de los derechos las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, establecen una esfera amplia de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, con la finalidad de procurar un resguardo efectivo y en condiciones de igualdad de sus derechos, lo que conlleva un esfuerzo de los Estados en la creación de políticas estatales, leyes y reglamentos para la consecución de este fin. En virtud de lo anterior, el presente artículo comprende el estudio de los derechos de las personas con discapacidad desde una perspectiva amplia de los derechos humanos y con fundamento en la Ley para la promoción de la Autonomía Personal en Costa Rica y su Reglamento.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Conceptualización de Discapacidad desde la Perspectiva de los Derechos Humanos. 3. Ley para la promoción de la autonomía personal de personas con discapacidad. a. Juez competente en el proceso de salvaguardia. b. Requisitos Legales para iniciar el proceso de salvaguardia. c. Reglamento a la ley de Salvaguardia 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

1. Introducción

Los Derechos Humanos, consagrados en las leyes de un país, generan el nacimiento de los derechos fundamentales; así lo indica el tratadista Antonio Pérez-Luño¹ quien define los derechos fundamentales como “...*aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales...*”, por ende surge la necesidad de proteger derechos y garantías fundamentales, lo cual obliga a los Estados democráticos de Derecho a intervenir de manera positiva en el curso ordinario de las relaciones humanas. Parte de ello, es que el Estado ofrezca a las personas, todas las personas sin discriminación los mecanismos necesarios, para que las mismas puedan ejercer una defensa de sus intereses.

En nuestras sociedades, tanto social como culturalmente se van generando patrones que son impuestos casi de forma imperceptible como elementos moderadores de las conductas de los individuos; así, las personas se desenvuelven y cumplen roles de acuerdo a su individualidad, pero adaptándolos a un grupo particular, creando una homogeneidad social. Dichosamente, lo negativo de estos aprendizajes se ha ido modificando, el mundo ha evolucionado y con él la percepción que tienen los seres humanos de su entorno, así como de ellos mismos, apreciándose como sujetos que a pesar de estar dotados de un alto

(*) Defensora Pública PISAV San Joaquín de Flores. Master de la Maestría de Administración de Justicia de la Universidad Nacional de Costa Rica. Énfasis en Relaciones Familiares.

(*) Jueza del Juzgado Primero de Familia Primer Circuito Judicial de San José y jueza suplente del Tribunal de Familia. Master de la Maestría de Administración de Justicia de la Universidad Nacional de Costa Rica. Énfasis en Relaciones Familiares

1 Pérez Luño, Antonio. Derechos humanos, estado de derecho y constitución, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, p.31.

grado de individualidad que los caracteriza, tienen la capacidad de convivir en sociedad.

En esta línea de ideas, es importante indicar que la condición de vulnerabilidad de algunos grupos de personas, tiene relación directa a una situación especial que genera una exposición mayor al peligro o bien, colocando a la persona en una situación particular donde puede ser fácilmente lesionada en sus derechos; definición que en forma específica se encuentra contenida en las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad², en su Sección 2ª. Por su parte, la Sala Constitucional de Costa Rica ha analizado el tema desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia, el cual debe garantizarse para aquellas personas que debido a alguna condición especial, estén colocadas en una situación de riesgo, exposición o peligro, como lo es la población con algún grado de discapacidad.

En razón de la necesidad de una protección especial y resguardo de los derechos humanos de las personas con discapacidad, en Costa Rica se ratifica la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo mediante ley número 8661³ y consecuentemente conforme los compromisos adquiridos con la normativa internacional, se aprueba la Ley para la promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad Número 9379⁴ así como su Reglamento⁵, que son objeto de estudio en el presente artículo, y así mismo revisar los criterios del Tribunal de Familia sobre su aplicación, así como resoluciones de Tribunales internacionales sobre el tema.

2. Conceptualización de discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva de derechos humanos, el análisis de los Derechos de las personas con discapacidad revierte vital importancia así como conceptualizar que debemos entender como discapacidad⁶. En primer lugar, se debe citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷, que reconoce la individualidad de las personas, y su valor por condición de ser humano. Así mismo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸, que reafirma el derecho de igualdad de todas las personas, y como consecuencia de ello, establece el derecho de todos los seres humanos de acceder a la educación y procurar su bienestar, lo cual es un referente importante en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, como lo desarrolla ampliamente la Observación número 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2016 de forma expresa, al indicar que “44...*La educación es fundamental para la efectividad plena de otros derechos. Por el contrario, solo se puede dar cumplimiento al derecho a la educación inclusiva si se respetan otros derechos*”, brindando especial importancia a la educación como elemento esencial de la calidad de vida de todas las personas sin discriminación.

2 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. Aprobadas como Políticas Institucionales en la Sesión Extraordinaria de Corte Plena de Poder Judicial de Costa Rica número 17-2008 celebrada a las ocho horas treinta minutos del veintiseis de mayo del dos mil ocho.

3 Ley número 8661 del 29 de setiembre de 2008.

4 Ley número 9379 del 18 de agosto de 2016, publicada en la Gaceta del 30 de agosto de 2016.

5 Decreto Ejecutivo Número 41087-MTSS, de 30 de abril de 2018.

6 Al respecto ver las Observaciones Generales de los Comités de Derechos Humanos de la ONU, mismos que desarrollan este tema de forma amplia o lo refieren en alguno de sus numerales, concretamente las Observaciones del Comité de Derechos Humanos número 25 de 1996 y la número 18 de 1989; las Observaciones del Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales número 4,5,6,12,13,14,15,16,17,18,19,20 y la 21; Observaciones del Comité para Eliminación de la Discriminación contra la Mujer número 18, 24,25,27, 28, y 29; Observaciones del Comité contra la Tortura número 2 y 3; Observaciones del Comité de los Derechos del Niño número 2, 3, 4, 5, 6, 7,9, 10, 11, 13, 15, 16 y 17, conforme lo desarrolla ampliamente la autora Leonor Lidón Heras en su obra “Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos”, Revista Española de Discapacidad, España, I (I): 47-72. Documento Disponible en: doi: <http://dx.doi.org/10.5569.2340-5104-01-01-03>.

7 Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948

8 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Promulgada en IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá Colombia 1948.

En forma específica una de las primeras normativas⁹ que define discapacidad es el Convenio N° 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo¹⁰, toda vez que el espíritu de esta normativa es procurar el empleo de las personas con discapacidad¹¹ y paralelamente las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad¹² en su numeral diecisiete se indica que la palabra discapacidad debe entenderse de forma amplia y detalla además que “minusvalía” describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno.

Por su parte la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹³, en su artículo primero establece una amplia conceptualización de lo que debe entenderse por discapacidad, concretamente indica que es “...una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social...” y consecuentemente se establece la Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad¹⁴ como un plan de

acción de los países latinoamericanos decididos a transformar en una realidad los compromisos tomados en la Convención. Posteriormente las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad¹⁵, en su 7ª regla define la discapacidad, tomando como parámetro la condición de vulnerabilidad en la que encuentran las personas con algún grado de discapacidad.

En virtud de las diversas conceptualizaciones normativas, para lograr una uniformidad en la esfera de protección de las personas con discapacidad, se promulga la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo, misma que se fundamenta en el principio de igualdad de todos los seres humanos, reconociendo especialmente el derecho de los seres humanos con capacidades especiales de desarrollarse plenamente en sociedad, conceptualizando en su artículo primero a las personas con discapacidad como “... aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹⁶. Además de establecer una serie de obligaciones para los Estados partes, los cuales se

9 Es importante señalar que existen diversas normas para proteger los derechos de las personas con discapacidad, como antecedente a la Convención vigente, entre ellas la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971, la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas de 1975, el Programa de Acción Mundial de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad de 1982, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de 1991, las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de 1993, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas de 2006, así como convenios de la Organización Internacional del Trabajo, acuerdos de la UNESCO y la Organización Panamericana de la Salud.

10 Convenio N° 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo, Ley N° 7219 de 18 de abril de 1991

11 Al respecto ver la Directriz 022-MP-MCI-MTSS DEL 03/12/2007 del Ministerio de Trabajo de Costa Rica. Publicada en La Gaceta 243 del Martes 18 de diciembre del 2007.

12 Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993.

13 Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Ley 7848 del 22 de noviembre de 1999. Publicada el ocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

14 Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (2006-2016) adoptada en Santo Domingo, República Dominicana.

15 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. Aprobadas como Políticas Institucionales en la Sesión Extraordinaria de Corte Plena de Poder Judicial de Costa Rica número 17-2008 celebrada a las ocho horas treinta minutos del veintiséis de mayo del dos mil ocho

16 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo. Ley 8661 del 19 de agosto de 2008. Publicada el 29 de setiembre de 2008.

comprometen a fomentar una verdadera conciencia social e implementar los programas necesarios para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las personas con discapacidad. Todo lo anterior en el marco de los principios que la misma Convención enumera en su artículo tercero¹⁷, así como las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que desarrollan ampliamente algunos de sus numerales¹⁸. Es importante señalar que en el caso de Costa Rica, la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad¹⁹ conceptualiza en su artículo dos que debemos entender por discapacidad, siendo que con esta normativa se logra que el Estado se obligue a garantizar los derechos de las personas con discapacidad en ámbitos como salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes, cultura y todos los demás ámbitos establecidos, lo cual debe ser analizado de conformidad con el numeral 33 de la Constitución Política Costarricense²⁰ que establece de forma expresa que todas las personas son iguales ante la ley y no debe existir discriminación alguna. En el año 2008, se aprueba mediante la Ley 8661 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo del 19 de agosto de 2008, publicada en La Gaceta No. 187 el 29 de setiembre de 2008, logrando con ello fortalecer el marco normativo nacional de protección de los derechos de las personas con discapacidad; así mismo se aprueba la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de Personas con Discapacidad²¹, que en su numeral primero señala que

el término discapacidad es un concepto en constante evolución, indicando de forma amplia que la persona con discapacidad es aquella que tenga “*deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás...*”, siendo de gran relevancia el desarrollo del concepto del derecho de autonomía personal, toda vez que determina de forma expresa la esfera de derechos de las personas con discapacidad, permitiendo que establezcan su propio proyecto de vida sin inherencias indebidas de otras personas o entidades estatales.

En la esfera de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, la Sala Constitucional ha sido un eje fundamental para el reconocimiento y ratificación de sus derechos y libertades fundamentales, tales como acceso a educación (374-1998 y 14904-06), al trabajo (1424-05), a los servicios de salud (13402-2004), al espacio físico (2305-2002, 15348-08), a los medios de transporte (13124-2005), a la atención prioritaria y por personal capacitado (10179-2010), a servicios (7592-06, 11550-2004, 8800-04, 4494-10), a la información (5974-2002, 10219-10 y 8995-06), entre otros votos de interés. En similar sentido, los votos del Tribunal de Familia, en la búsqueda de hacer efectivos esos derechos en el ámbito de los diferentes tipos de familias que existen en la sociedad costarricense, todo de conformidad con las políticas institucionales que el Poder Judicial ha generado en esta temática (574-2010, 48-2004, 716-2008, 2025-2006 y 1633-2007).

17 “Artículo 3. Principios generales. Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto de las capacidades en evolución de los niños con discapacidad y el respeto del derecho de los niños con discapacidad de preservar sus identidades...”.

18 Observación General 1 del año 2014 señala la importancia de “reconocer a las personas con discapacidad como personas antes la ley. Reconocer que tienen capacidad jurídica en todos los ámbitos de su vida, en igualdad de condiciones que las demás personas...”.

19 Ley de Igualdad de Oportunidades del 18 de abril de 1996, publicada en La Gaceta No. 102 de 29 de mayo de 1996, y su reglamento denominado Reglamento a la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, establecido mediante Decreto Ejecutivo n.º 26831-MP de 23 de marzo de 1998, publicado en La Gaceta No. 75 de 20 de abril de 1998.

20 “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.

21 Ley número 9379 del 18 de agosto de 2016, publicada en la Gaceta del 30 de agosto de 2016.

Es importante indicar que en este proceso de concientización que se fortalece en todos esos escenarios, es prioritario reconocer que existen personas con capacidades especiales, que tienen derecho a ser respetadas y aceptadas tal cual y por lo tanto, deben tener la posibilidad de acceder en similares términos a las oportunidades nacidas de la vida en sociedad, como lo señala la Observación General sobre el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del Comité de la ONU, que indica que *“28. Es necesario establecer normas mínimas de accesibilidad a diversos servicios ofrecidos por entidades públicas y privadas para las personas con deficiencias...”* así como en la Observación General sobre el artículo 12 que indica de forma clara que se debe *“46. a. Reconocer a las personas con discapacidad como personas ante la ley, con personalidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones con los demás...”* así como establecer todos los apoyos que sean requeridos.

Con la promulgación de la Ley 7600 y la Ley 9379, se procura evitar actos discriminatorios en el desarrollo y autonomía personal de las personas con discapacidad no solamente en la sociedad en general, sino a lo interno del hogar. Toda vez que en el ámbito familiar la discriminación también se da, ello ocurre cuando se limitan las oportunidades de desarrollo y de autonomía personal de éste grupo vulnerable, siendo que en algunas ocasiones incluso se llega a la realización de actos de violencia doméstica. Es por esa razón que el Estado debe desarrollar programas y políticas para prevenir y erradicar estas lamentables situaciones, como lo ha indicado la Corte Interamericana de derechos humanos en sus resoluciones concretamente en el caso Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador del trece de abril de 1999, en la medida cautelar solicitada por Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, Paraguay del 17 de diciembre de 2003 y 29 de julio de 2008, y en el caso Ximenes López vs Brasil del 2006.

3. Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de Personas con Discapacidad

En Costa Rica, dependiendo de la salud mental de las personas, se consideraban dos grupos: sanos y

enfermos, entendiendo a los primeros con capacidad plena y para los segundos la incapacidad absoluta, la cual debía ser declarada mediante el proceso de Insania. Dicho proceso, estaba contemplado dentro de la actividad judicial no contenciosa, aunque los efectos de su sentencia eran declarativos, así establecido en el artículo 232 del Código de Familia, en concordancia con el numeral 851 del Código Procesal Civil del 16 de agosto de 1989. La consecuencia de que las diligencias de insania fueran acogidas, eran extremas, y consistían en declarar judicialmente el estado de incapacidad de la persona con discapacidad, de manera tal que los actos o contratos que pudiese realizar después de dicha declaratoria estuvieran viciados de nulidad absoluta, por lo que se procedía a designar una persona que sustituía al incapaz en el ejercicio de sus derechos y realizaba los actos en su nombre. Hoy en día sabemos que esa clasificación de sanos e insanos no es tan determinante, tanto a nivel jurídico como médico se sabe que la realidad es otra, ya que existen numerosas situaciones intermedias, en cuyo caso se debe proveer a las personas con discapacidad mental, psicosocial o intelectual de los mecanismos necesarios para el ejercicio de sus derechos.

Volviendo al proceso de insania, cabía la posibilidad de que la persona a quien se quería declarar insana se opusiera a las diligencias, lo que daba lugar a convertir el proceso en contencioso, debiendo tramitarse en la vía del abreviado conforme el artículo 420 inciso 7 del Código Procesal Civil del 16 de agosto de 1989, antes citado.

Con la promulgación de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de Personas con Discapacidad, se da un cambio de paradigma y se establecen los procesos de salvaguardia. El fin de dichos procesos no es declarar la interdicción o incapacidad legal de los actos de una persona con discapacidad, sino establecer aquellas medidas de carácter autosatisfactivas para el ejercicio pleno en igualdad de condiciones con los demás del derecho de autonomía personal.²² Tan es así, que esta nueva ley derogó el instituto de la curatela²³.

22 Artículo 1. Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de Personas con Discapacidad.

23 Consejo Superior, en sesión N° 90-16, celebrada el 29 de setiembre de 2016, artículo XXX emitió la circular 170-2016.

De esta forma, se ha de entender la salvaguardia como *“los mecanismos o garantías adecuadas y efectivas establecidas por el Estado costarricense, en el ordenamiento jurídico, para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las personas con discapacidad”*²⁴. Desde esta perspectiva, la figura del garante es muy distinta a la del anterior curador, toda vez que no invalida su volición en el momento de la toma de decisión al celebrar un acto jurídico, sino que su función primordial radica en brindar el apoyo para la protección y promoción de todos sus derechos, respetando la voluntad y capacidades de la persona con discapacidad.

De obligada lectura en este tema, es el voto del Tribunal de Familia, número 933-2016 de las diez horas cuarenta y seis minutos del veintitrés de setiembre de dos mil dieciséis, toda vez que en él se explica el cambio de paradigma en la nueva legislación, así como la Observación General del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el artículo 12 que indica de forma clara que se debe *“46.b. Establecer, reconocer y proporcionar a las personas con discapacidad el acceso a una amplia gama de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica”*, así como la Observación General número 3 del 2016 que en el caso concreto de las mujeres con discapacidad indica que se deben adoptar *“64.c. medidas efectivas a fin de ofrecer a las mujeres con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica...”*.

a. Juez competente en el proceso de salvaguardia

Por disposición del artículo 6 de la Ley 9379, en razón de la materia el juez o jueza competente es de Familia y por territorio remite a las reglas establecidas para ello en la ley 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989 y sus reformas que en su artículo 30 párrafo 7 establece que en los procesos de actividad judicial no contenciosa el juez competente lo es el del domicilio del promotor.

En aplicación estricta de la norma, el domicilio del promotor es el que aplica en estos casos. Sin embargo, en el voto 164-2018 de las 10:14 horas del 9 de febrero de 2018, el Tribunal de Familia se decanta por aplicar el párrafo 6, como lo más favorable para la persona con discapacidad y establece que *“...el proceso ha de ser conocido por el juez del domicilio de la persona a favor de quien se está tramitando el mismo y no de quien lo promueve. No obstante, lo anterior no quiere decir que exista una competencia ambulante en asuntos de salvaguardia. El expediente judicial debe iniciar y finalizar en un único Juzgado, sea el del lugar de residencia habitual de la persona con discapacidad, al momento de entablar el proceso judicial...”* (El subrayado es del original). Consideramos, que la aplicación del artículo 30 párrafo 6, en relación con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁵, resulta más favorable que los procesos se tramiten en el juzgado de su domicilio y no el del domicilio del promotor.

Esta interpretación se ha aplicado en relación a las personas menores de edad, para lo cual cabe citar el fallo de la Sala Constitucional que en el voto 11098-2009 de las doce horas treinta y cinco minutos del diez de julio de dos mil nueve estableció *“...la referencia que hace el artículo 98 bis del Código de Familia a la posibilidad del actor de fijar la competencia es válida en tanto éste represente los intereses del menor de edad...”*, interpretación que el Tribunal de Familia en reiterados fallos ha hecho extensiva a todos los procesos en que se discutan derechos de las personas menores de edad. Sin embargo, en relación a las personas con discapacidad el criterio no es unánime y para algunos se debe aplicar el domicilio del promotor tal y como lo establece el artículo 30 párrafo 7 ya citado. Cabe indicar que el nuevo Código Procesal Civil, en su artículo 8.3.2 mantiene la competencia territorial para los procesos no contenciosos en el domicilio del promotor.

24 Artículo 2 inciso g Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de Personas con Discapacidad.

25 **Artículo 12.** Igual reconocimiento como persona ante la ley - Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, entre otros aspectos, para adoptar decisiones, heredar bienes o tener acceso a préstamos bancarios. En ciertas circunstancias, el Estado tiene la obligación de prestar apoyo y asistencia a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica.”

Debe reiterarse, que la competencia del juez que intervino originalmente, ya sea en los procesos que iniciaron como insania y que con posterioridad a la nueva ley deben ser revisados²⁶, o los que han iniciado en fecha posterior a la promulgación de la nueva ley, subsiste aún y cuando la persona con discapacidad cambie de domicilio, toda vez que como se indicó no se trata de una competencia ambulatoria. Es lo que el nuevo Código Procesal Civil en el artículo 7 denomina perpetuidad de la competencia.

Un punto importante, que debemos mencionar, es que con el cambio de paradigma para promover la autonomía de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, surge la interrogante de qué sucede con las personas cuyas capacidades están totalmente abolidas, si esta nueva legislación derogó la curatela del Código de Familia. Esta situación ha generado una serie de fallos jurisprudenciales que nos llevan a concluir que el punto no está agotado. A manera de ejemplo, en un caso en que se solicitó la salvaguardia para nombrar un representante para una persona adulto mayor con síndrome de Alzheimer que debía enfrentar unos procesos, la jueza a-quo, la rechazó de plano, alegando que la nueva legislación, se diseñó para otras circunstancias, en ese proceso el Tribunal de Familia, mediante el voto 328-2018 de las 08:19 horas del 7 de marzo de 2018, consideró que la decisión tomada violenta el acceso a la Justicia, consagrado en el numeral 41 constitucional, así como la protección a las personas adultas mayores, contenida en el artículo 51 ibídem, revocando la resolución y ordenado continuar con los procedimientos.

Del mismo modo, en otro caso, donde se había pedido la declaratoria de insania de una señora, en el mes de marzo de 2016, el Juzgado Primero de Familia por resolución de las 14:09 horas del 14 de agosto de 2017, se declara incompetente en razón de la materia, toda vez que consideró imposible encausar el asunto en las normas procesales y de fondo de la nueva ley de Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, en razón del nuevo paradigma que

a su juicio excluye a las personas con discapacidad absoluta o permanente, lo que ocurre por el hecho de que se ha derogado la curatela, sosteniendo que no hay respuesta posible de dar en la jurisdicción de familia para sustituir mediante el garante la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad. En ese caso la Sala Segunda mediante el voto 1913-2017 de la 9:05 horas del 1 de diciembre de 2017, que:

“...al estarse tramitando la solicitud del señor ... en esa vía especial no contenciosa, en virtud de la conversión del proceso que ya se dispuso, es indiscutible que la competencia para conocerlo, le corresponde al Juzgado Primero de Familia de San José. Las consideraciones del juzgado de que no es posible encausar el asunto con base en las normas de la nueva ley, porque esta no comprende un supuesto de incapacidad total y que al haberse derogado algunas normas relativas a la curatela no hay respuesta posible que dar en la jurisdicción familiar; y de que por tratarse de un tema sobre la capacidad y obligaciones de las personas, es la jurisdicción civil y no la familiar a la que corresponda determinar qué normativa ha de aplicarse en relación con los procesos de salvaguardia, es inatendible porque contraría una norma de atribución expresa de competencia, la cual es de orden público...”²⁷.

La Sala hace hincapié en varios aspectos, que se trata de actividad judicial no contenciosa, que hay norma expresa²⁸ que establece que la salvaguardia será proporcionada y adaptada a la circunstancia de la persona, que expresamente la ley le da la competencia al juez de familia y hace ver que la nueva ley en el primer transitorio establece que en los casos iniciados antes de la entrada en vigencia de la ley, el juez de familia debe realizar una revisión de oficio, por lo que se entiende que el mismo juez continúa con el conocimiento. Es un tema tan novedoso, del que se esperan muchos pronunciamientos, por ejemplo el criterio a seguir en aquellos casos en que surja oposición y el proceso se convierta en contencioso.

26 El artículo 9 de la Ley para la promoción de la Autonomía personal de las personas con discapacidad establece la revisión de la salvaguardia en cualquier momento, incluso de oficio cada cinco años.

27 En igual sentido se puede consultar el voto 760-2018 de la Sala Segunda de la Corte de las 9:30 horas del 9 de mayo de 2018.

28 El artículo 5 párrafo 2.

b. Requisitos legales para iniciar el proceso de salvaguardia

Todo proceso de salvaguardia, se rige por el principio de gratuidad. Por esa razón, la solicitud de la salvaguardia puede ser verbal o escrita o por otro medio de comunicación y puede ser presentada sin autenticación siempre y cuando sea presentada por la persona solicitante en forma personal.

En primer término, la legitimación para plantear la solicitud la ostenta la persona con discapacidad y sólo si se encuentra imposibilitada o limitada para hacerlo por sí misma, lo pueden hacer sus familiares. Ante la ausencia de familiares, estarán legitimadas instituciones u organizaciones no gubernamentales que brinden apoyos.

De conformidad con la reforma al artículo 848 del Código Procesal Civil de 1989, el trámite que procede una vez recibida la solicitud de la salvaguardia es la designación de un curador procesal, quien deberá brindar el apoyo, orientación y asesoría legal a la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial, de ninguna manera ha de sustituir su voluntad. Asimismo, se debe ordenar la emisión de un dictamen integral de la condición de la persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, el cual debe ser rendido en un plazo no mayor a un mes. De igual manera, se debe ordenar un informe de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial. Fundamentalmente, se debe de ordenar la entrevista de la persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, dicha entrevista reviste una gran importancia ya que es un primer contacto para conocer su voluntad de que se dé trámite al proceso.

En cualquier estado del procedimiento, se podrá nombrar “una salvaguardia provisional”, lo que entendemos como un garante provisional, éste se justifica en aquellos casos en que la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial sea propietario de bienes muebles o inmuebles y provisionalmente requiera que se le apoye en el ejercicio de sus derechos. En caso de que la solicitud de salvaguardia sea resuelta con lugar, se designa un garante y cesará la salvaguardia provisional.

c. Reglamento a la ley de la Salvaguardia

Como parte de los esfuerzos en dar cumplimiento a los convenios internacionales que se han señalado, se emitió el Decreto Ejecutivo número 41087-MTSS, de fecha treinta de abril de dos mil dieciocho, en el cual se establece el Reglamento a la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. Bajo el nuevo paradigma, en el artículo 2 inciso 4) se destaca la capacidad de actuar como atributo de la condición humana para el ejercicio legítimo de derechos, de tal suerte que la persona con discapacidad pueda adquirir obligaciones, realizar actos o efectos jurídicos y la atención de sus propios intereses. Es por ello que en el artículo 7 se reitera que la salvaguardia es un apoyo para el ejercicio de la capacidad de actuar y no un tipo de representación legal, pues como se ha indicado no sustituye, ni invalida la voluntad de la persona con discapacidad en el momento de la toma de decisión al celebrar un acto jurídico, dentro de lo que nos parece importante destacar, que expresamente el reglamento establece que no es requisito para ser beneficiario de programas sociales selectivos, prestaciones estatales como bono de vivienda, exoneración para la adquisición de vehículos, pensiones, parqueos reservados y otros.

Ahora bien, en nuestra opinión, existen algunas normas del reglamento que de manera excepcional permiten la sustitución de la voluntad de una persona con discapacidad, dejando una serie de incógnitas que sólo la jurisprudencia irá resolviendo. Tal es el caso de lo dispuesto en el artículo 8 sobre la intensidad de los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar, específicamente cuando la persona con discapacidad se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, caso en el cual el garante podrá consentir para un acto concreto y un tercero estará legitimado para solicitar la salvaguardia, en cuyo caso, consideramos el juzgador deberá de recibirse alguna prueba para poder establecer lo que más hubiese deseado la persona con discapacidad, interpretación que emana del artículo 14 del reglamento.

Nos cuestionamos si el artículo 17 del reglamento, establece una excepción a la sustitución de la voluntad, ya que por la forma en que está redactada la norma, podría permitir abusos en la gestión del garante, toda vez que queda facultado para apoyar actuaciones o actos que no estén expresamente definidos en la resolución, cuando resulte urgente, imprescindible

para la seguridad y beneficio de la persona que recibe el apoyo. Será necesario entonces, realizar una interpretación jurisprudencial para determinar cuándo los apoyos lo permiten, toda vez que según lo establece la norma ello dependerá de la intensidad de los apoyos, lo que en nuestra opinión no resulta claro, toda vez que se limita a clasificar en más intensos o medianamente intensos. Hasta ahora, no hemos visto ningún caso concreto que autorice al garante a consentir en nombre de la persona con discapacidad, en aplicación de la norma citada. Sin embargo, es un tema que por su trascendencia tendrá que generar muchas resoluciones, tomando en cuenta que el propio reglamento establece que en cada caso, se deberá de garantizar que prevalezca la voluntad, gustos, deseos y preferencias de la persona que recibe el apoyo. Finalmente, queremos destacar que reglamento contempla la posibilidad de que una persona con discapacidad cuente con el apoyo de más de un garante, los que ofrecerán él o los apoyos para los actos determinados, mas ello dependerá del caso concreto, lo que en nuestra opinión también deberá ser analizado en vía judicial, ya que son múltiples temas sobre los que el garante ha de brindar apoyos y nos preguntamos qué sucederá si se presenten diferencias o contradicciones importantes entre los garantes.

4. Conclusiones

Tanto la legislación internacional como la nacional en el tema de la discapacidad tiene como objetivo primordial, eliminar la discriminación que lamentablemente la sociedad y sus integrantes han promovido a base de prejuicios y estereotipos en contra de personas con algún tipo de discapacidad.

Se trata de buscar un cambio social a base de una serie de principios tales como el respeto a la dignidad de las personas, respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, así como los principios de no discriminación, accesibilidad e igualdad de oportunidades. Ante este cambio de paradigma que se ha venido dando respecto de las personas con discapacidad, se introducen cambios legislativos, institucionales y judiciales como los analizados en el presente artículo en una búsqueda por eliminar todas esas barreras u obstáculos generados por la sociedad que convierte los entornos en espacios vulnerables para estos grupos.

5. Bibliografía

Doctrina

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.

Normativa

Código de Familia de Costa Rica. Ley 5476 del 21 de diciembre de 1973.

Código Procesal Civil de Costa Rica. Ley 7130 del 16 de agosto de 1989.

Código Procesal Civil de Costa Rica. Ley 9342 del 3 de febrero de 2016.

Constitución Política de Costa Rica de 7 de noviembre 1949.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Ley 7848 del 22 de noviembre de 1999.

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo mediante, Ley número 8661 del 29 de setiembre de 2008.

Convenio N° 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo, Ley N° 7219 de 18 de abril de 1991.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Promulgada en IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá Colombia 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (2006-2016) adoptada en Santo Domingo, República Dominicana.

Directriz 022-MP-MCI-MTSS DEL 03/12/2007 del Ministerio de Trabajo de Costa Rica. Publicada en La Gaceta 243 del Martes 18 de diciembre del 2007.

Ley de Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad número 9303. Publicada en la Gaceta No. 123 de 26 de junio de 2015.

Ley de Igualdad de Oportunidades del 18 de abril de 1996, publicada en La Gaceta No. 102 de 29 de mayo de 1996, y su reglamento denominado Reglamento a la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con

Discapacidad, establecido mediante Decreto Ejecutivo n.º 26831-MP de 23 de marzo de 1998, publicado en La Gaceta No. 75 de 20 de abril de 1998.

Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, Ley número 9379 del 18 de agosto de 2016, publicada en la Gaceta del 30 de agosto de 2016.

Ley de Inclusión y Protección Laboral de las Personas con Discapacidad, publicada en La Gaceta n.º 219 de 11 de noviembre de 2010 y su reglamento conforme al Decreto Ejecutivo 36462-MTSS.

Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993.

Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. Aprobadas como Políticas Institucionales en la Sesión Extraordinaria de Corte Plena de Poder Judicial de Costa Rica número 17-2008 celebrada a las ocho horas treinta minutos del veintiséis de mayo del dos mil ocho.

Observaciones Generales

- Observación General 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2016 del año 2014.
- Observación General 3 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2016 del año 2016.
- Observación número 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2016.
- Observación General sobre el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos con discapacidad del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2014.
- Observación General sobre el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos con discapacidad del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2014.

Resoluciones

- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 11098-2009 de las doce horas treinta y cinco minutos del diez de julio de dos mil nueve.
- SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución to 1913-2017 de la 9:05 horas del 1 de diciembre de 2017.
- TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 164-2018 de las 10:14 horas del 9 de febrero de 2018.
- TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 328-2018 de las 08:19 horas del 7 de marzo de 2018.

Documentos de Internet

LIDON HERAS, LEONOR en su obra “Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos”, *Revista Española de Discapacidad*, España, I (I): 47-72. Documento Disponible en: *doi: <http://dx.doi.org/10.5569.2340-5104-01-01-03>*.

Circulares institucionales

- Consejo Superior, en sesión N° 54-2015, celebrada el 10 de junio de 2015, artículo LVIII, dispuso modificar la circular N° 60-2015 del 15 de abril de 2015, eliminando el punto f), para lo cual emitió la circular 119-2015.
- Consejo Superior, en sesión N° 90-16, celebrada el 29 de setiembre de 2016, artículo XXX emitió la circular 170-2016.