

UNIVERSIDAD NACIONAL
Facultad de Ciencias Sociales
Sistema de Estudios de Postgrado *Escuela de Sociología*

MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**ENFOQUE SOCIO-JURÍDICO EN
RELACIONES FAMILIARES**

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:

**"Alcances de la Capacidad Jurídica de la Persona con
Discapacidad a la Luz de la Ley de la Autonomía Personal
N°9379"**

Postulantes:

Mario Alonso Angulo Salazar
Nelly Carolina Cuestas Alvarenga
Yuliana Andrea Ugalde Zumbado

Ciudad Heredia, Costa Rica
Noviembre, 2018

**UNIVERSIDAD NACIONAL
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ENFOQUE SOCIO-JURÍDICO
ESCUELA DE SOCIOLOGÍA**

El Trabajo Final de Graduación fue aprobado por la Universidad Nacional como Requisito parcial para optar por el grado de Máster en Administración de Justicia con énfasis en Administración de Justicia Relaciones Familiare

Dr. Rolando Soto (Tutor)

Sustentantes

Mario Alonso Angulo Salazar

Nelly Carolina Cuestas Alvarenga

Yuliana Andrea Ugalde Zumbado

DERECHOS DE AUTOR

© Copyright 2018

**MARIO ALONSO ANGULO SALAZAR
YULIANA ANDREA UGALDE ZUMBADO
NELLY CAROLINA CUESTAS ALVARENGA**

Todos los derechos son reservados

**AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN
PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO
DE TESIS DE POSTGRADO**

Señores

**SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO ESCUELA DE SOCIOLOGÍA
UNIVERSIDAD NACIONAL**

Estimados señores:

Nosotros, **MARIO ALONSO ANGULO SALAZAR, YULIANA ANDREA UGALDE ZUMBADO y NELLY CAROLINA CUESTAS ALVARENGA**, autores del trabajo de postgrado titulado: "Alcances de la Capacidad Jurídica de la Persona con Discapacidad a la Luz de la Ley de la Autonomía Personal N°9379", presentado y aprobado en el mes de noviembre del año dos mil dieciocho, como requisito previo para optar por el título de máster en **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CON ENFOQUE SOCIO JURÍDICO CON ÉNFASIS EN EL ÁREA DE RELACIONES FAMILIARES** y reconociendo que la presentación del presente documento forma parte de los requerimientos establecidos del programa de maestrías de la Universidad Nacional (U.N.A.), por este medio autorizamos a la Biblioteca de este centro de estudios, para que con fines académicos, puedan libremente registrar, copiar o utilizar la información contenida en este, con fines educativos, investigativos o sociales, de la siguiente manera:

- 1) Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo en las salas de estudio de la biblioteca y/o la página Web de la Universidad.
- 2) Se permite la consulta, la reproducción, a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica,

ya sea en formato CD o digital desde Internet, Intranet, etc., y en general, en cualquier otro formato conocido o por conocer.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Derechos de Autor y de los Derechos Conexos; los derechos morales pertenecen al autor y son personalísimos, irrenunciables, imprescriptibles e inalienables, asimismo, por tratarse de una obra colectiva, los autores ceden de forma ilimitada y exclusiva a la UNA; la titularidad de los derechos patrimoniales. Es entendido que cualquier copia o reproducción del presente documento con fines de lucro, no está permitida sin previa autorización por escrito de parte de la UNA.

En fe de lo cual, se suscribe el presente documento en la ciudad de Heredia a los treinta días del mes de noviembre de 2018.

Mario Alonso Angulo Salazar
Yuliana Andrea Ugalde Zumbado
Nelly Carolina Cuestas Alvarenga

30 de noviembre del 2018

DEDICATORIA

A mi esposo e hija, por su sacrificio.

A mi madre, por su infinito amor y apoyo.

A Yuliana Ugalde y a Mario Angulo, por haberse convertido en mis hermanos durante mi estadía en Costa Rica.

Nelly Carolina Cuestas Alvarenga.

DEDICATORIA

-Dedico este trabajo con mi mayor respeto a mi Madre y Padre, por su guía, apoyo y fortaleza para mantener mi frente en alto siempre y durante todo el proceso de Maestría.

-A la Triada que conformamos Nelly Carolina, Yuliana Andrea y mi persona, al construir un equipo de amistad incondicional y profesionalismo.

Mario Angulo Salazar

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi Hija Valeria,
quien siempre es una motivación para alcanzar mis metas.

A mi compañero Jhonny,
por su apoyo incondicional en este proceso,

A mis estimados colegas y amigos Nelly y Mario,
por su esfuerzo, compañerismo y amistad brindada.

Yuliana

RECONOCIMIENTO

En primer lugar, quiero agradecerle al profesor Rolando Soto por el acompañamiento, asesoría, apoyo y sobre todo la comprensión manifestada a lo largo de la ardua tarea que conllevó el desarrollo del presente trabajo de investigación. En el mismo sentido deseo agradecer, a mis hermanos costarricenses, por haber brindado una cálida bienvenida a este hermoso país del cual llevo la más grata experiencia. Agradezco al Abogado Carlos Roberto Cálix Hernández y al Abogado Rodrigo Humberto Girón, por siempre desear mi superación profesional y académica. Finalmente agradezco, infinitamente, a mi amado Poder Judicial de Honduras; por haberme brindado la oportunidad de becar mis estudios en tan honrado y prestigioso centro universitario.

Nelly Carolina Cuestas Alvarenga.

RECONOCIMIENTO

Mi mayor agradecimiento, respeto y cariño para la Msc María Ester Brenes Villalobos, Profesora, Guía, Amiga y Profesional, por su acompañamiento y grandes enseñanzas a lo largo de la Maestría. A la querida Marilú Muñoz Rodríguez, Profesional Auxiliar de la Maestría, por su paciencia, entrega y por brindarme su trabajo con el mayor respeto. Agradezco, además, a mi respetado Poder Judicial, por permitirme formar como profesional de la Judicatura y con ello entregar a mi país mis labores con apego a la constitucionalidad y respeto a las personas que conforman nuestra querida Costa Rica.

Mario Angulo Salazar

RECONOCIMIENTO

Un reconocimiento especial al Profesor Rolando Soto Castro, por su apoyo en la elaboración de este trabajo de Investigación. Al Poder Judicial por la gran oportunidad que me otorgó al concederme la beca y poder llevar la Maestría en Administración de Justicia. Al personal docente y administrativo de dicha Maestría. A mi madre Ligia Zumbado Lara por ayudarme durante el proceso de Maestría.

ÍNDICE

Acta de aprobación	ii
Derechos de autor.....	iii
Autorización de los proponentes.....	iv
Dedicatorias.....	vi
Reconocimientos.....	ix
Índice.....	xii
Resumen Ejecutivo.....	xvi
Acrónimos.....	xviii
Justificación.....	1
Planteamiento del problema.....	4
Objetivo General.....	6
Objetivos específicos.....	7
Hipótesis.....	8
Marco Metodológico.....	8
TÍTULO ÚNICO: "Alcances de la Capacidad Jurídica de la Persona con Discapacidad a la Luz de la Ley de la Autonomía Personal N°9379".....	10
CAPÍTULO PRIMERO: DESARROLLO HISTÓRICO Y SOCIO-JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD	12
Sección I. Abordaje Histórico de la Discapacidad.....	13
A) Concepto y Generalidades de la Discapacidad.....	13
B) La Discapacidad en la Historia.....	21
C) Los Paradigmas de la Discapacidad.....	33
1-Modelo prescindencial/Paradigma tradicional.....	33
2-Enfoque de Médico-Asistencial.....	36
3- Modelo Social de la Discapacidad.....	40

Sección II. La Discapacidad: "Un tema de Derechos Humanos".....	45
A) El Cambio de Paradigma: La consideración de la Discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos.....	45
B) El Tratamiento de la Discapacidad en el Ámbito del Derecho Internacional: "Una aproximación al contenido básico de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".....	48
Sección III. Desarrollo y abordaje de la Discapacidad en Costa Rica.....	63
A) Antecedentes sobre el Tratamiento de la Discapacidad en Costa Rica.....	67
B) La discapacidad en Costa Rica: Situación Actual y Perspectivas.....	71
C) De la Curatela a la Toma de Decisión Asistida.....	80
 CAPÍTULO SEGUNDO: FUENTES NORMATIVAS VIGENTES SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD EN COSTA RICA.....	 92
SECCIÓN I: Marco Jurídico Interno.....	92
A) La Constitución de 1949.....	92
B) Ley Impuesto sobre la Renta y Ley N° 8444.....	98
C) Ley N°7600 "Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad".....	99
D) Ley N°8862 Ley Inclusión y Protección Laboral de las Personas con Discapacidad en el Sector Público.....	104
E) Ley N°9171.....	106
F) Ley N°9303 "Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad".....	106
G) Ley N°9379. "Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las personas con Discapacidad".....	108
 SECCIÓN II: Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.....	 114
A) Convenio de la OIT 159 sobre Readaptación Profesional y Empleo a las Personas Inválidas.....	115
B) Convención de los Derechos del Niño y Observación General N°9 del Comité de los Derechos del Niño.....	118

C) Protocolo San Salvador.....	127
D) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999.....	129
E) Comité sobre las Personas con Discapacidad.....	131
CAPÍTULO TERCERO. ALCANCES DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA LEY DE LA AUTONOMÍA PERSONAL N°9379.....	
136	
SECCIÓN I. La Capacidad Jurídica de la Persona con Discapacidad a la luz de los Derechos Humanos.....	
131	
A) La Capacidad Jurídica desde la Perspectiva del Derecho Civil.....	141
B) La Capacidad Jurídica desde la Perspectiva de los Derechos Humanos.....	149
C) Capacidad de Ejercicio versus Capacidad de goce.....	153
D) La Capacidad Jurídica y de Actuar de las Personas con Discapacidad en Costa Rica, según el espíritu del ordinal 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	155
E) La Capacidad jurídica y de Actuar de las Personas con Discapacidad contenida en la Ley de la Autonomía Personal N°9379.....	163
SECCIÓN II. Del Proceso de Salvaguardia contenido en la Ley de la Autonomía Personal N°9379.....	
191	
A) Análisis Jurisprudencial en ocasión a la entrada en vigencia de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de la Persona con Discapacidad N°9379.....	192
B) El Proceso de Salvaguardia.....	223
C) Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de la Persona con Discapacidad y el CONAPDI.....	240
SECCIÓN III. Aspectos médico-legales indispensables para el abordaje de la Discapacidad de conformidad con el nuevo paradigma.....	
244	
A) Aspectos generales sobre la valoración probatoria en procesos de Salvaguardia.....	244
B) La prueba pericial en conflictos judiciales con énfasis en discapacidad.....	272
C) Clasificación de trastornos, síndromes y conductas psiquiátrica presentes en el proceso de Salvaguardia.....	279

D) El rol de la persona en los procesos de Salvaguardia.....	308
SECCIÓN IV. Experiencia Judicial a partir de la entrada en vigencia de la Ley Autonomía Personal N°9379.....	334
A) Principales dificultades en la aplicación de la Ley de la Autonomía Personal N°9379.....	334
B) Desafíos y Estrategias de mejora para la aplicación de la Ley de la Autonomía Personal N°9379 en el ámbito judicial.....	368
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	386
Conclusiones.....	386
Recomendaciones.....	393
Glosario.....	398
Bibliografía.....	401

RESUMEN EJECUTIVO

Las acciones afirmativas en nuestra sociedad, se realizan cuando los derechos fundamentales son maximizados; en concordancia con cada uno de los instrumentos jurídicos que los enlistan y propician su protección.

A raíz de ello, se hace latente la obligación de fijar la mirada en un sector vulnerable y discriminado como lo son las personas con condiciones de discapacidad, ello tanto a nivel de barreras estatales, sociales; como por la presencia de trastornos que pueden comprometer su inserción a la vida social.

El abordar los distintos modelos de la discapacidad con perspectiva convencional; tratará de analizar los diferentes panoramas que a nivel histórico se han presentado dentro de la evolución categórica de la discapacidad, como exclusión social y jurídica.

La gama de Leyes y normas jurídicas que propician la vida común o convencional de la sociedad, acrecienta en la mayoría de las situaciones que las personas vulnerables, en este caso con condiciones de discapacidad, sean identificadas como no partícipes de derechos, peticiones, tutela judicial y que en gran medida sus decisiones sean coartadas, abolidas, frente a un modelo jurisdiccional que invisibiliza los derechos de las personas revestidas de dignidad humana.

El fijar la mirada en nuestro país, con la reciente promulgación de la Ley de Autonomía Personal 9379 y su reglamento, permitirá analizar con detenimiento si el Poder Judicial y persona juzgadora, se encuentran acordes con los cambios dinámicos que la sociedad actual atraviesa, en la aplicación de principios

protectores de las personas con discapacidad.

El ejercicio funcional de la Ley no es simple si ello no conlleva un estudio arduo de cada caso en concreto, el abolir los derechos de las personas "normales, disfuncionales o sin capacidad", no es un norte que nuestro país puede acoger de frente a la convencionalidad de principios rectores en el tema y su integralidad normativa.

Costa Rica, como Estado Democrático, es partícipe de la protección del cúmulo de derechos que resguardan a las personas con discapacidad, siendo garante su obligación de ser enfática en la constitucionalidad de su columna vertebral de derecho progresivo.

Ahondar en la aplicación de la Ley 9379, su Reglamento, así como demás normas jurídicas dentro del universo probatorio con relación en los procesos de salvaguardia como instituto jurídico, será un norte específico que se desea exponer en esta investigación.

Reconocer que la citada norma no ofrece una solución certera para abordar integralmente los derechos de las personas con discapacidad cognoscitiva y otras manifestaciones, compromete arduamente la labor jurisdiccional, lo cual acrecienta que los procesos de salvaguardia sean efectivos, de frente a la imperiosa necesidad de protección de cara a vacíos legales normativos a nivel nacional.

Acrónimos y abreviaturas

I.M.A.S.: Instituto Mixto de Ayuda Social.

I.N.A.: Instituto Nacional de Aprendizaje.

CAD: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CIDDM: Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías

CIPCD: Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de
Discriminación

CDPD: Celular Digital Packet Data

CEDAW: Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (por sus
siglas en inglés).

CIF: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la
Salud

CNREE: Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial

CONADIS: Consejo Nacional de Discapacidad.

CONAPDIS: Consejo Nacional de las Personas con Discapacidad.

COPADPIDIS: Consejo de Personas con Discapacidad

DSM-IV: Manual diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales.

Ley 9371: Ley para la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad.

OMS: Organización Mundial de la Salud

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PONADIS: Política Nacional de Discapacitados

SCIJ: Sistema Costarricense de Información Jurídica

SECDIS: Servicio de Certificación de la Discapacidad

JUSTIFICACIÓN

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por el Estado costarricense en el año 2006, y aprobada por la Nación, mediante Ley 8661 del 19 de agosto de 2008, nuestro país se comprometió a incorporar en el ordenamiento jurídico interno los mecanismos para "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". Precisamente lo anterior, se encuentra establecido en el artículo número 1 de la Convención Internacional, ya mencionada.

La Autonomía Personal de la persona con discapacidad, debe ser entendida, como el derecho y la libertad de las personas de tomar sus propias decisiones y de construir su propio proyecto de vida, es un derecho esencial de todas las personas. Sin embargo, este derecho y libertad han sido violentados y negados por un largo tiempo a los individuos con discapacidad, en especial aquellas que poseen una discapacidad cognoscitiva o psicosocial.

El Estado Costarricense, a la luz de la citada Convención, promulga la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de los individuos con Discapacidad N°9379 del 18 de agosto de 2016, tiene por objetivo promover y asegurar a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con las demás personas de su derecho a su autonomía. Con la promulgación de esta normativa se rompe con el paradigma que rigió durante muchos años en la tradición jurídica, que consideraba que ciertas personas con discapacidad carecían de capacidad de actuar.

Actualmente, la sociedad costarricense observa con mayor fortaleza los

derechos de las personas como ejes centrales, enfatizando su norte en el respeto y defensa de la dignidad humana. El concepto de derechos inalienables, fundamentales e intrínsecos a la persona, se enmarcan desde la cúspide convencional normativa; hasta la ejecución protectora del conglomerado social.

Las facultades que ostentan las personas, llámense menores de edad, adolescentes, hombres, mujeres y personas adultas mayores, descansan en la sujeción de la capacidad de actuar, de ejecutar su voluntad, formular negocios jurídicos, contratos y hasta tomar la decisión de ejercer sus derechos de forma individual, familiar o hasta equipararse a un grupo de individuos que luchan en resguardo de la colectividad.

Con base en esta línea de resguardo y ponderación de derechos inherentes, se permite fijar la mirada en el grupo equiparado a la supresión de derechos catalogados como incapaces, inhábiles o en estado de interdicción. Por décadas, el aprendizaje social ha concebido que las personas con discapacidad, deban estar lejos de las posibilidades de ser partícipes sociales y sus derechos se encuentren suprimidos por la ley, por la familia, por el Estado y por el diario vivir. Desde esta perspectiva se inhibe a las personas a ejercer el derecho a manifestar su posición, deseos y hasta tomar decisiones propias que vengan a resolver aspectos individuales de su vida.

El reconocimiento de la voluntad propia e individual, el cúmulo de posibilidades de un contexto social participativo a la luz de la Ley de Autonomía Personal en nuestro país, frente a su evolución en los Tribunales de Justicia costarricense, obliga a la luz de las personas juzgadoras; a internalizar y a la vez conocer, la conciencia de un Estado de Derecho Democrático mediante la aplicación normativa civil versus familiar. Lo anteriormente expuesto, incide tanto en la vulnerabilidad como en la sensibilidad que acarrea conocer procesos judiciales en que esté presente una persona con discapacidad en sus diferentes

manifestaciones.

La investigación se propone, tratará de observar el contraste entre la rama de la psiquiatría y su relación con el ordenamiento jurídico costarricense. Considera prioritariamente, a las personas discapacitadas frente a la toma de la decisión jurisdiccional, en atención al nuevo paradigma de que son personas con Capacidad Jurídica.

Recientemente se ha promulgado la Ley N°9379 o Ley de Autonomía Personal, que obliga a los Tribunales de Justicia de nuestro país, a abordar temas y principios consagrados en el engranaje convencional en temas de discapacidad. Sin embargo, frente al ayuno de jurisprudencia, procedimientos judiciales y hasta el desconocimiento del peritaje como prueba pertinente dentro del contexto que se estudia, hacen que la investigación se vislumbre como necesaria y enriquecedora frente al abordaje de derechos y obligaciones de un sector social específico.

La persona juzgadora debe ser conocedora, no solo de la norma jurídica, sino de su interrelación con conocimientos específicos, diferenciando el concepto de discapacidad como un concepto integral. Para ello debe hacer referencia a cualquier tipo de discapacidad, frente a una persona con alguna condición psiquiátrica que desencadene comportamientos o conductas que le conlleven a realizar actos contrarios a ley, dentro de la responsabilidad civil y/o familiar.

Con fundamento en esta línea, se propone mantener un enfoque convencional de la mano de la normativa nacional, que arroje un panorama fresco de conocimiento e interpretación del ordenamiento jurídico en temas de responsabilidad civil. Se debe considerar la discapacidad en sus diferentes acepciones y la decisión judicial debe estar de la mano de una cúspide de derechos políticos, sociales, económicos, fundamentales e individuales que se encuentran adheridos a cada ser humano.

Efectivizar la importancia sobre el tema en mención, encuadra de forma positiva un marco de factibilidad entre los objetivos propuestos, las fuentes por utilizar, la jurisprudencia, la normativa jurídica y la disponibilidad del estudio de campo, que arrojan un trabajo conciso, explicativo y orientador de las decisiones jurisdiccionales.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Con fundamento a lo expuesto anteriormente, se plantea el siguiente problema:

¿Qué efectos tienen; en la administración de justicia el no abordaje de la discapacidad desde la perspectiva que proyectan los modelos sociales y de derechos humanos que plantea la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad en sintonía con la Ley 9379 y específicamente su implicación en el ordenamiento jurídico costarricense en cuanto a la Capacidad jurídica de las personas con discapacidad y en consideración de los diferentes tipos de discapacidad existentes?

¿Cuál es la importancia que conlleva para quien juzga, conocer la diferencia entre los conceptos de discapacidad en su concepción integral, frente a las condiciones psiquiátricas o comportamiento conductual de las personas en estudio, dentro de la Ley 9379 (Ley de Autonomía Personal) y su implicación en cuanto a la Capacidad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico costarricense?

La Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad (en adelante Ley 9379), representa un giro total con mirada convencional y proteccionista, dirigida a la persona con discapacidad o a quien mediante un comportamiento psiquiátrico o conductual requiera la intervención de la norma jurídica. Lo anteriormente expuesto, por disposición del literal

quinto de la citada Ley, gozando plenamente de igualdad, reconocimiento de personalidad, capacidad jurídica, de actuar, titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos.

Mediante la implementación de la Ley 9379, ya mencionada, y su relación con la normativa convencional, representa para los Juzgados de Familia del país un cambio de paradigma en la aplicación de sus normas, tramitación y la sensibilidad que implica un abordaje sistemático. Lo indicado se justifica, por cuanto la misma es omisa en establecer cuál es la capacidad jurídica de la persona con discapacidad o comportamientos psiquiátricos ante terceras personas. Se destaca que el procedimiento anterior, inserto en el Código de Familia, no lo contemplaba; ya que quien asumía la responsabilidad era la persona curadora, quien respondía civilmente por el actuar de la “persona insana o interdicta”.

La ley en estudio amplía un vértice proteccionista y contextualizado, sin embargo, surgen interrogantes para las personas juzgadoras, precisamente al existir esta connotación idealista, donde las personas con alguna discapacidad o comportamientos conductuales, gozan o no plenamente de sus derechos versus sus obligaciones propias ante la ejecución de actos contrarios al ordenamiento jurídico. Se deduce por tanto que, pareciera que la ley dispone a través de sus numerales un procedimiento diverso y protector no enfatizando sobre implicaciones jurídicas en cuanto a la responsabilidad civil dentro del conflicto judicial.

Apareja, además, considerar que de acuerdo con el panorama fáctico que se conozca, observar que en la mayoría de casos la discapacidad podría ser tan severa que la persona no podría expresar sus deseos o su voluntad, ya que sus capacidades cognitivas se encuentran seriamente comprometidas, representando un dilema en el sentido de su aplicación en cuanto a los preceptos y postulados de la Ley N° 9379. Ciertamente considera que habrá

casos donde no es posible una interpretación restrictiva o amplia de la norma, recayendo en la valoración de la persona juzgadora. Lo anterior tiene una incidencia directa respecto del tema de la responsabilidad civil, porque pareciera que, en algunos casos existirá responsabilidad y en otros no; implicando que la norma no sea clara o concisa.

Sumando a lo anterior se observa que no se cuenta con un tratamiento jurisprudencial del planteamiento en cuestión que nos permita fijar la mirada sobre las interpretaciones de quienes administran justicia y trabajan de cerca con la materia. Cabe resaltar que consideramos necesario que se clarifiquen conceptos y procedimientos, ya que la existencia de vacíos legales podría generar repercusiones en la eficiente aplicación de la nueva Ley de Autonomía Personal. Por lo tanto, resulta importante para esta investigación determinar si existe o no responsabilidad civil de la persona con discapacidad, específicamente con una condición psiquiátrica, cuestionando si el ordenamiento jurídico la contempló en el derecho positivo y ante la falta de ello, determinar cuál sería la ruta que se debe seguir.

Desde esta perspectiva, se considera necesario a su vez, el análisis del rol que se atribuye a la Persona Perita Forense en el área de psiquiatría, en virtud de que gran parte del fundamento de fondo de la resolución judicial; dependerá del dictamen o informe que se aporte al proceso. A lo anterior se suma la inmediatez que se introduce en los procedimientos de salvaguardias, aspectos que enriquecen el conocimiento de la persona juzgadora de forma directa, conllevando a emitir una decisión de fondo justa y con apego al ordenamiento jurídico interno e internacional.

Se espera que las respuestas a la pregunta de investigación planteada, logren ser evacuadas por medio de las visitas que se han programado a algunos órganos jurisdiccionales en materia de Familia y Civiles, así como también al Departamento de Trabajo Social y Psicología adscrito al Poder

Judicial. Razón por la cual, se considera que la metodología de la investigación corresponde a un enfoque cualitativo y mediante su estudio se podrá comprender el nuevo paradigma de abordaje de la discapacidad en su relación con comportamientos conductuales y la garantía de sus derechos por medio del sector de la administración de justicia y cómo éste llena de contenido el derecho positivo vigente en la materia que nos ocupa.

OBJETIVO GENERAL

Identificar el abordaje que está realizando la Administración de Justicia, especialmente la Jurisdicción Familiar, respecto de la Capacidad Jurídica de las personas con discapacidad en los procesos de Salvaguardia a la Luz de la Ley 9379, especialmente de las personas que tienen su capacidad cognoscitiva y volitiva completamente abolida, y si este abordaje se orienta en la efectivización y tutela de los derechos humanos y derechos fundamentales de acuerdo al nuevo paradigma de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- a) Conocer la evolución del abordaje de la discapacidad a través de un estudio de antecedentes de la discapacidad en la historia y el reconocimiento de la dignidad humana transversalizada por el principio-derecho de igualdad y no discriminación.
- b) Identificar cuáles son las fuentes normativas internas como las fuentes de derechos internacional, vigentes en el Estado Costarricense para el tratamiento de la discapacidad.
- c) Desarrollar ampliamente el tema de la Capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad, contenida en la Ley de la Autonomía Personal N°9379, especialmente de las personas que tienen sus

capacidades cognoscitivas completamente abolidas.

- d) Investigar ampliamente el proceso de Salvaguardia que se lleva en los Despachos de Familia, el procedimiento, implicaciones, y diferentes actores e instituciones que participan y sus resultados.
- e) Determinar cuáles son los aspectos médico-legales indispensables para el abordaje de la Discapacidad de conformidad con el nuevo paradigma.
- f) Identificar el rol de las personas perito, sus dictámenes y las personas juzgadoras en los procesos de salvaguardias, con relación al abordaje de la prueba y decisiones jurisdiccionales.

HIPÓTESIS

La Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, no contempla una solución jurídica, ni tampoco ofrece claridad respecto del tema de la capacidad jurídica de las personas que tienen sus capacidades cognoscitivas y volitivas completamente abolidas, de frente al contexto jurisdiccional y su inserción a la convencionalidad social.

MARCO METODOLÓGICO

El trabajo de investigación tendrá una metodología descriptiva analítica, en virtud de la cual se pretendemos realizar un análisis de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales existentes respecto al abordaje de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad de acuerdo al nuevo paradigma que plantea la Ley 9379, el cual se estructurará de la siguiente manera:

Análisis doctrinario: en él se incluirá el uso de fuentes bibliográficas, libros, revistas, tesis y entrevistas, también incluimos documentos en versión digital provenientes de fuentes confiables en Internet, a partir de esta metodología estableceremos un acercamiento de la realidad del nuevo abordaje de la capacidad jurídica en la administración de justicia.

Análisis jurisprudencial: se analizarán las sentencias emitidas por la mediante sentencias que emanan desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos pasando por los órganos jurisdiccionales del Estado Costarricense, este análisis es fundamental en virtud de que evidenciará la forma en la cual dichos órganos efectivizan los instrumentos internacionales de derechos humanos y el ordenamiento jurídico nacional en la materia. Para este estudio se tomará como fuente, la base de datos jurídica SINALEVI y el Centro de Jurisprudencia de la Sala Constitucional Costarricense.

Así las cosas, puntualizamos que la presente investigación se encuentra estructurada en tres Capítulos que se subdividen en secciones.

El primer capítulo abordaremos el desarrollo histórico y socio-jurídico de la discapacidad, dividido en dos secciones: sección I; abordaje histórico de la discapacidad que a su vez se desdobra en el estudio del concepto y generalidades de la Discapacidad, la Discapacidad en la Historia, los Paradigmas de la Discapacidad (Enfoque Mágico-religioso, Enfoque de Medico-Asistencial, Enfoque Integral y el Modelo Social de la Discapacidad). Sección II. La Discapacidad: "Un tema de Derechos Humanos"

En esta sección se estudiará aspectos tales como; el Cambio de Paradigma: La consideración de la Discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos, el Tratamiento de la Discapacidad en el Ámbito del Derecho Internacional: "Una aproximación al contenido básico de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", el marco axiológico que inspira y atraviesa la Convención de los Derechos de las Persona con Discapacidad, el Sistema de Apoyo en la toma de decisiones: Respeto a la Autonomía Personal de la persona con

Discapacidad y una sección III en la que se toma en cuenta el Desarrollo y abordaje de la Discapacidad en Costa Rica analizando antecedentes sobre el Tratamiento de la Discapacidad en Costa Rica, la discapacidad en Costa Rica (Situación Actual y Perspectivas), la Curatela a la Toma de Decisión Asistida.

El segundo capítulo pretende explicar las fuentes normativas vigentes sobre el tratamiento jurídico de la discapacidad en Costa Rica, dividido en dos secciones; las cuales contienen el desarrollo de los siguientes temas: sección i: marco jurídico interno que incluye la constitución de 1949, ley impuesto sobre la renta, ley n° 7600 "igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad", ley n°8444, ley n°8862 ley inclusión y protección laboral de las personas con discapacidad en el sector público, ley n°9171, ley n°9213 y la ley n°9379. "ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad". para la sección ii reservamos el análisis de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las personas con discapacidad, de los cuales se abordan: la convención de los derechos del niño, convenio de la OIT 159 sobre readaptación profesional y empleo a las personas inválidas, protocolo san salvador, convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de 1999, convención sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad y las observaciones generales del comité sobre las personas con discapacidad.

Finalmente en el Capítulo III hemos destinado el estudio de los alcances de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad a la luz de la ley de la autonomía personal n°9379, este capítulo se encuentra dividido en cuatro secciones de suma importancia puesto que con él damos respuesta a la hipótesis planteada. Así en la Sección I analizamos la capacidad jurídica de la persona con discapacidad a la luz de los derechos humanos, lo cual conllevó al análisis de la Capacidad Jurídica desde la Perspectiva del Derecho Civil y desde la perspectiva de los Derechos Humanos, la Capacidad de Ejercicio versus Capacidad de goce. Posteriormente abordamos la Capacidad Jurídica y de Actuar de las Personas con Discapacidad en Costa Rica, según el espíritu

del ordinal 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de acuerdo a la Ley de la Autonomía Personal N°9379. A partir de la sección II estudiamos el proceso de salvaguardia contenido en la Ley de la Autonomía Personal N°9379 mediante el análisis de los aspectos jurídicos de relevancia en la Ley de la Autonomía Personal N°9379, el Proceso de Salvaguardia, el Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de la Persona con Discapacidad y el CONAPDIS.

En la Sección III se realiza un especial análisis de los aspectos médico-legales indispensables para el abordaje de la Discapacidad de conformidad con nuevo paradigma, así consideramos vital el análisis de los aspectos generales sobre la valoración probatoria en procesos de Salvaguardia, la prueba pericial en conflictos judiciales con énfasis en discapacidad, clasificación de trastornos, síndromes y conductas psiquiátricas presentes en el proceso de Salvaguardia, el análisis sobre recolección de estadísticas y resultados y finalmente el rol que desempeña la persona en los procesos de Salvaguardia.

Finalmente, en la Sección IV se analiza cuál ha sido la experiencia judicial a partir de la entrada en vigencia de la Ley Autonomía Personal N°9379 identificando las principales dificultades en la aplicación de la Ley de la Autonomía Personal N°9379 y los desafíos y Estrategias de mejora para la aplicación de la Ley de la Autonomía Personal N°9379 en el ámbito judicial

CAPÍTULO PRIMERO: DESARROLLO HISTÓRICO Y SOCIO-JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD

En este Primer Capítulo, que consta de III Secciones, inicialmente se pretende dar a conocer algunos antecedentes históricos de la Discapacidad; se considera que cuando se desarrolla cualquier investigación es menester recurrir a los antecedentes del tema que se investiga, para así lograr constatar el desarrollo evolutivo del tema en cuestión. Es por ello que en la Sección I se da

a conocer la historia de la discapacidad con la finalidad de que el lector conozca el tratamiento de la discapacidad desde épocas antiguas y en diferentes sociedades de acuerdo con su ubicación geográfica y espacio de tiempo; además de ello se desarrolla también, de manera conceptual, la "discapacidad", y el desarrollo que esta palabra a tenido a través del tiempo, veremos también la evolución del concepto, como se fueron construyendo variados significados y cómo los derechos humanos van a incidir en la conceptualización de la discapacidad para que sea vista desde una visión integral y no discriminatoria.

También es objeto de esta sección, el análisis de los modelos o paradigmas de la Discapacidad, iniciando por el modelo tradicional, donde incluso personas con discapacidad fueron asesinadas por su condición, pasado por el modelo médico/rehabilitador, para concluir con el nuevo paradigma social y de derechos humanos.

En la sección II que se ha titulado: "La Discapacidad, Un tema de Derechos Humanos", será analizado el cambio de paradigma que ha sufrido el tema de la discapacidad a través de la transversalización de los derechos humanos. Además, se desarrolla también en esta sección la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su contenido básico de tutela y protección de los derechos humanos de este sector de la población.

Por último, en la sección III, titulada "Desarrollo y abordaje de la Discapacidad en Costa Rica", se realizará una recopilación del tratamiento de la discapacidad en nuestro país, indagando acerca de sus inicios, evolución, situación actual y perspectivas en materia de Discapacidad. Además, se analizará la institución jurídica de la "Curatela", la cual estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley N°9379 "Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las personas con Discapacidad", con la cual se instaura el proceso de Salvaguardia con una visión y modelo integral, en el cual priva el sistema de apoyos en una toma de decisiones asistida y no en una sustitución de voluntad de la persona con discapacidad por parte del anteriormente conocido "curador", entre otros aspectos de especial relevancia, entre ambos institutos jurídicos que

sin duda alguna pertenecen a paradigmas de la discapacidad diferentes.

Sección I. Abordaje Histórico de la Discapacidad.

A) Concepto y Generalidades de la Discapacidad y de la “Persona con Discapacidad”.

Desde la Antigüedad, las personas con discapacidad han sufrido el avasallamiento y la discriminación que recae sobre lo considerado “diferente”, de acuerdo con el paradigma dominante de la “normalidad”. El destino de estas personas ha ido variando en las diferentes etapas de la historia, estas personas pasaron de su aniquilamiento hasta la incorporación subordinada al sistema de producción, pero siempre manteniéndose esta relación de opresión.

Lo anterior comenzó a ser cuestionado a partir de la segunda mitad del siglo XX, gracias al surgimiento de movimientos sociales de personas con discapacidad que, basándose en el Modelo Social y el Paradigma de los Derechos Humanos, reclaman ser tenidos en cuenta como sujetos de derecho en la elaboración de políticas de inclusión y no de segregación, que al final siguen siendo una discriminación para las personas con discapacidad.

En la elaboración de este proyecto de investigación se consideró oportuno la utilización del término “*PERSONA CON DISCAPACIDAD*”, ya que se reflexionó que con dicha definición se le está otorgando un status de persona, es decir, de sujeto de derecho y se logra hacer referencia primero al individuo antes que a su discapacidad. Además de lo anterior, se considera que la persona tiene una discapacidad y no que es un discapacitado. Sin embargo, para poder arribar a la anterior consideración, resulta de especial importancia hacer referencia al desarrollo conceptual que ha sufrido tal término, es por tal razón que a continuación se hará referencia a los aspectos conceptuales de la discapacidad y de la persona con discapacidad.

La palabra «discapacitado», que aún se utiliza en muchos lugares del mundo, oculta las posibilidades de la persona con alguna discapacidad. La Real Academia Española define a la «discapacidad» como “cualidad del discapacitado”, y «discapacitado» como persona “que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas” (RAE, 2001 p.831).

El diccionario de uso del español de María Moliner, señala que el prefijo «dis» transforma la palabra a la que se une en su opuesto: “su sentido es peyorativo ya que proviene del griego dys (mal, trastornado). En este Diccionario la Discapacidad aparece emparentada con «Minusvalía», a la que define como “detrimento o disminución del valor que sufre una cosa”. (Moliner, 1997, p.1010).

Con la anterior definición, se podría concluir que, etimológicamente hablando, se refiere a la discapacidad como algo de menor valor, es por tal razón que, a la luz de dicha definición, resulta un concepto negativo y evidentemente discriminatorio, como lo son también las diferentes formas que a lo largo de los tiempos se han utilizado en la sociedad. Estas son formas denigrantes como: anormales, enfermos, incapacitados, inválidos, entre otras formas ofensivas y descalificantes.

Se puede indicar entonces, que el tema de la discapacidad, y concretamente su definición, ha provocado numerosos debates, que ponen sobre la mesa cuestiones como la igualdad, la justicia social, la marginación, la opresión, la participación. El papel protagonista de las propias personas con discapacidad y el esfuerzo de los organismos internacionales defensores de los derechos humanos, han tratado de superar los estereotipos históricos relacionados con la definición de la discapacidad. Para ello incorporando la propia percepción de las personas afectadas, para llegar a construir una definición de

discapacidad integral y social.

Ahora bien, se considera oportuno hacer referencia a las clasificaciones que ha propuesto la Organización Mundial de la Salud (OMS), respecto del tema de la discapacidad. Para ello es necesario indicar que la OMS cuenta entre sus grupos de trabajo con uno dedicado a la «Clasificación, evaluación, encuestas y terminología» aplicables al campo de la salud. En el marco de las actividades de este grupo se ha gestado la revisión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) publicada por la OMS en 1980.

La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) de 1980, surgió de trabajos iniciados en 1972, a partir de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE); ya que esta resultaba insuficiente para explicar y clasificar las consecuencias de la enfermedad sobre el desarrollo global de la persona; considerándose, además, la Clasificación Internacional del Funcionamiento de las Discapacidades y la Salud (CIF), de 2001, constituye la segunda versión de la CIDDM, cuyo contenido significa importantes avances en la superación de la visión residual de la discapacidad. Con esta concepción se atribuían a la persona la mayor parte de las causas de la discapacidad para incluir la relación con su entorno físico y social como desencadenante básico de la discapacidad, la considera en última instancia un “proceso multidimensional”. (Cáceres (1999, p.65).

Es de suma importancia considerar, para los efectos de esta investigación, que aún en la actualidad no existe un consenso universal en cuanto a las personas que experimentan algún grado de limitación funcional o restricción, siendo las palabras más utilizadas y aceptadas “personas discapacitadas” y “personas con discapacidad”. La OMS, en 1980, delimitó el significado y tipos de: deficiencia, discapacidad y minusvalía, a partir de la necesidad de considerar no solo la enfermedad sino las consecuencias de esta

en todos los aspectos de la vida de la persona, ampliando la concepción inicial, basada exclusivamente en el modelo médico. De acuerdo con esta premisa, consideró el siguiente significado para la discapacidad:

Discapacidad: es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para cualquier ser humano. Se caracteriza por insuficiencias o excesos en el desempeño y comportamiento en una actividad rutinaria, que pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles y progresivos o regresivos. Se clasifican en nueve grupos: de la conducta, de la comunicación, del cuidado personal, de la locomoción, de la disposición del cuerpo, de la destreza, de situación, de una determinada aptitud y otras restricciones de la actividad.” (IMSERSO 1986)

Sin embargo, La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, conocida como CIF difiere sustancialmente de la CIDDM de 1980, y la primera constituye una revisión de la segunda, que fue publicada inicialmente por la OMS con carácter experimental en 1980 y desarrollan una nueva versión. Para la realización de esta versión se llevaron muchos estudios de campo y consultas internacionales y fue el 22 de mayo de 2001, cuando se aprobó tal definición, para poder ser empleada a nivel internacional, mediante la promulgación de la resolución WHA54.21.

La CIF considera que ofrece un instrumento apropiado para implementar los mandatos internacionales sobre los derechos humanos, así como las legislaciones nacionales. Con base en su propuesta, consideran que el funcionamiento y la discapacidad de una persona se conciben como una interacción dinámica entre los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales que incluyen tanto factores

personales como factores ambientales, la definición que propuso la CIF es la siguiente:

Discapacidad es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales).” (OMS (2001).

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede concluir que la discapacidad está definida como el resultado de una compleja relación entre la condición de salud de una persona y sus factores personales, y los factores externos que representan las circunstancias en las que vive esa persona. Por causa de esta relación, los distintos ambientes pueden tener efectos distintos en un individuo con una condición de salud. Un entorno con limitantes restringirá el desempeño y realización del individuo; mientras que otros entornos que sean más facilitadores pueden incrementarlo. La sociedad puede dificultar el desempeño y realización de un individuo ya sea por la interposición de barreras o más bien por proporcionar elementos que faciliten el acceso. (OMS,2001).

Romañach y Lobato resumen el esquema conceptual de la CIF de la siguiente forma. Explican que se funda en cinco conceptos básicos. Primero, se desarrolla el término del “déficit en el funcionamiento” que es la pérdida o disfunción de una parte del cuerpo o de alguna función sensorial o fisiológica. Luego se presenta la noción de “limitaciones en las actividades”, que son las dificultades que el individuo tenga al realizar las labores cotidianas.

En tercer término, el marco se nutre de la significación de “restricciones en la participación”, que se trata de los impedimentos que el sujeto posea a la hora de intentar intervenir en cuestiones vitales como el trabajo, el ocio y la educación. Después se habla de la significación de las “barreras”, que consisten en los obstáculos que el entorno le impone al individuo en relación con su funcionamiento y que derivan en la discapacidad. (Romañach, J y

Lobato, M. "Diversidad Funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano", accedido el 10 de octubre del 2018, Recuperado de <http://www.forovidaindependiente.org/node/45>)

La CIF además realiza un importante esfuerzo para clasificar los tipos de discapacidad: en física, mental o intelectual, sensorial y múltiple. Las discapacidades físicas consisten en anomalías funcionales en el aparato locomotor, en las extremidades o en cualquiera de los sistemas orgánicos ("Tipos y Grados de Discapacidad", accedido el 20 de octubre del 2018, http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=418,12398047&_dad=portal30&_schema=PO RTAL30.) Las deficiencias sensoriales, son aquellas que describe a la discapacidad de la siguiente manera:

"(...) limitaciones sustanciales en el funcionamiento actual significativamente inferior a la media, que coexiste con limitaciones relacionadas en dos o más de las siguientes áreas de habilidades de adaptación: comunicación, autocuidado, vida en el hogar, habilidades sociales, utilización de la comunidad, autodirección, salud y seguridad, habilidades académicas funcionales tiempo libre y trabajo."

("Nuevos Conceptos sobre Discapacidad". Accedido el 20 de octubre del 2018, http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/cad_guia_disc_UT4.pdf 47).

Otra definición que vale la pena mencionar y que antecede a la indicada por la OMS, es la que en 1974 refirió la Unión de Impedidos Físicos contra la Segregación y que muy acertadamente y con una visión progresiva a su época señaló que Discapacidad es:

"... la desventaja o restricción para una actividad que es causada por una organización social contemporánea que toma poco o nada en cuenta a las personas que tienen deficiencias físicas (sensoriales o mentales) y de esta manera las excluye de

participar en la corriente principal de las actividades sociales.”

(UPIAS, Policy Statement, accedido el 12 de abril del 2018, Recuperado de, <http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/UPIAS/UPIAS.pdf>).

Dicho lo anterior, se puede indicar que es de suma importancia hacer referencia al desarrollo que estas Organizaciones han efectuado respecto de ofrecer definiciones y conceptos uniformes que caractericen y describan la discapacidad y a la persona con discapacidad. Lo cierto es que se considera, que aún en estos conceptos, sigue estando presente el modelo Médico-Rehabilitador, el cual se desarrollará en las siguientes secciones de esta investigación, y que expone a la discapacidad como una enfermedad o anomalía, concluyendo que no ofrecen estos conceptos una visión integral como lo podría ofrecer el Modelo Social.

Ahora bien, respecto al tema conceptual expuesto en esta sección, no podemos darlo por terminado sin antes hacer referencia a la definición dada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento internacional de derechos humanos, que será ampliamente desarrollado en la Sección II de este Capítulo, la Convención desarrolla en su artículo 1:

...las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. (A.L., “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (CDPD), Ley N° 8662, Artículo 1.)

Aquí resulta de vital importancia destacar que para la Convención el concepto de “discapacidad” y la noción de “persona con discapacidad”

dependen de dos elementos diferentes. En primer lugar, del término de “deficiencia”, ya sea física, sensorial, mental o intelectual; y en segundo lugar de la idea de la “barrera” que son los obstáculos que limitan la inclusión de la persona en la vida social. De esta forma se refleja el “Modelo Social”, el cual será desarrollado más ampliamente en la sección siguiente, pues la discapacidad es la consecuencia de la interacción de estos dos elementos. Así lo desarrolla Agustina Palacios:

Como se ha adelantado, según el citado documento la deficiencia es la pérdida de todo o parte de un miembro, o tener un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo defectuoso; mientras que la discapacidad es la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen deficiencias y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad. (Palacios,2008, p.229)

B) La Discapacidad en la Historia.

Las complejas situaciones de supervivencia que debieron afrontar las primeras sociedades humanas han llevado a pensar que las personas con discapacidad eran abandonadas o muertas por ser consideradas una carga durante los traslados de campamento en busca de presas o mejores tierras, o cuando era necesario huir de los desastres naturales.

En las antiguas culturas primitivas se abandonaba y dejaba morir a los niños con discapacidad física o cognoscitiva. En algunas sociedades de la Antigüedad, el destino de las personas con discapacidad era la muerte. Era normal el infanticidio cuando se observaban “anormalidades” en los niños y niñas. Si eran adultos se los apartaba de la comunidad, se los consideraba incapaces de sobrevivir una existencia acorde con las exigencias sociales establecidas. (Ferraro, P., 2001)

Ahora bien, se pretende en este acápite, realizar una pequeña y breve reseña histórica respecto del tema de la discapacidad y cuál fue el abordaje realizado por los distintos pueblos en la antigüedad.

Para empezar, se menciona a Egipto, en este tan conocido pueblo antiguo, el tema en cuestión se manifiesta a través de su arte, especialmente la pintura. Por ejemplo, la presencia de parálisis está representada en relieves de individuos adultos con una pierna más corta que la otra, quienes se sirven de un bastón como ayuda para caminar. Hay igualmente relieves que ilustran músicos ciegos, y en las pinturas de las tumbas o en las esculturas aparecen enfermos aquejados de “malformaciones”, pareciera demostrar que los egipcios no se burlaban de estos individuos, sino que recibían su atención. Además, las malformaciones de los monarcas egipcios, como el caso del pie torcido del rey Siptah (1100 a. de C.), o las manos acalambradas por lesión craneal encontradas en la momia de un rey que murió hacia el 1700 a. de C. no tenían consecuencias en el orden político, ni se les consideraba como reyes inferiores debido a ello.

En la sociedad hebrea se consideraba a la discapacidad como una “*marca del pecado*”, por lo que las personas con discapacidad presentaban serias limitaciones en el ejercicio de las funciones religiosas. En el Levítico (21: 17-21) se señala que

...si alguno de tus descendientes tiene algún defecto físico, no podrá acercarse a mi altar para presentarme las ofrendas que se quemen en mi honor. No podrá ser sacerdote nadie que sea ciego, bizco, cojo, manco, jorobado, enano o que esté deforme, que tenga alguna enfermedad en la piel o que tenga los testículos aplastados. Los que tengan alguno de estos defectos podrá participar de las mejores ofrendas que los israelitas me presentan, pero no podrán entrar más allá de la cortina del santuario, ni podrán acercarse a mi altar. Si lo

hicieran mi santuario quedaría impuro”.

Pero a diferencia de otras religiones, el Judaísmo prohibía el infanticidio e institucionalizada la caridad, como lo harían más tarde las religiones que de ella derivan: el Cristianismo y el Islam. (Barton,1998, p.p.66-69).

La visión judía sobre la discapacidad como “marca del pecado” se mantuvo en el cristianismo. En el Nuevo Testamento, Jesús cura a un hombre con parálisis luego de proclamar que perdonaba sus pecados:

Allí algunas personas le llevaron a un hombre en una camilla pues no podía caminar. Al ver Jesús que estas personas confiaban en él, le dijo al hombre: ¡Ánimo amigo! ¡Te perdono tus pecados! (...) Entonces Jesús le dijo que podía caminar: levántate, toma tu camilla y vete a tu casa. El hombre se levantó y se fue a su casa”
(Mateo 9: 2-7).

Llama la atención que, en mayo de 2013, el recién asumido Papa Francisco, apoyó la mano sobre la cabeza de un hombre en silla de ruedas en la Plaza San Pedro, al tiempo que hacía un llamado a los “malos espíritus” para que abandonaran el cuerpo, acto que repitió en otras dos personas. Esto fue cuestionado por sectores de la Iglesia que lo ven como un retorno a prácticas medievales. (Ver CNN México, www.mexico.cnn.com, 21 de mayo de 2013.)

Entre los pueblos de Asia y África las prácticas fueron diversas. En la India los niños y niñas con discapacidad eran abandonados en el bosque o arrojados al río sagrado Ganges. Entre los Semang de Malasia se las consideraba personas sabias. Los Masái de Tanzania practicaban el infanticidio. Los Chagga de Africa Oriental, utilizaban a personas con discapacidad para espantar a los demonios, y los jukus de Sudan los abandonaban para que murieran por considerarlos obra de los malos espíritus. (Di Nasso, Patricia; (2010, pp 9 y 10) “Mirada histórica de la discapacidad”,

Fundación Cátedra Iberoamericana, Universitat de les Illes Balears, disponible en: www.uib.es/catedra_iberamericana.

En la Antigua China se empleaban métodos como la cinoterapia y los masajes para tratar a las personas con discapacidad motriz. El filósofo Confucio (551- 479 AC) proponía la responsabilidad moral y la amabilidad para las personas consideradas “débiles”. Por otra parte, existía la práctica de atrofiar los pies de las niñas por medio de vendajes por motivos estéticos. También se consideraba que las uñas largas eran un símbolo de riqueza, por lo que existía la práctica de atar las manos para que estas crecieran hasta atravesarlas. La persona a quién se le aplicaba este método quedaba como amputada de ambas manos. No obstante, no puede considerarse que esa persona fuera «discapacitada» ya que al tener a alguien que se ocupara de ella se podía sentir opulenta. (Aguada A. 1995, pp.40-41).

Entre los griegos, el culto a la belleza y la perfección física; estaba relacionado con la estructura económica de la sociedad, basada en la explotación de mano de obra esclava. Los grandes logros alcanzados en la filosofía, las artes, la política y la arquitectura, fueron posibles gracias al trabajo esclavo que liberaba a los “ciudadanos libres” para la meditación y la creación intelectual. La formación militar se volvía así inevitable, ya que la guerra era la forma de proveer prisioneros para ser esclavizados, y Aristóteles (384- 322 AC) proponía el servicio militar a todos los ciudadanos dado el peligro que podía representar una rebelión de esclavos. Esto explica que la buena forma física e intelectual fuera esencial en esa sociedad, y que las personas con discapacidad tuvieran un espacio reducido.

En Esparta, una de las ciudades-estado griegas más importantes, los ancianos examinaban a los niños y niñas al nacer, y los considerados “débiles” eran abandonados o dejados morir. Las leyes de Licurgo (a quien los historiadores ubican entre los siglos IX y VII AC), que pretendían una mejora

de los ciudadanos y su sumisión total al Estado, obligaba a que todo aquel que presentara una discapacidad física, fuera arrojado desde el monte Taigeto.

En Atenas y otras ciudades también existía la práctica de dar muerte a niños y niñas con discapacidad. En Política, Aristóteles recomendaba “sobre el abandono y crianza de los hijos, una ley que debería prohibir que no se críe a ninguno lisiado”. Sin embargo, hay testimonios de que personas con discapacidad convivían en la sociedad griega. Platón (427- 347 AC) escribe que los sordos se comunicaban mediante gestos. Homero, padre de la poesía épica griega, era ciego según relatan testimonios en donde confluyen la realidad y la leyenda.

La Conquista de Grecia por parte de la República Romana, significó la asimilación de su legado cultural y sus valores militaristas, materiales y hedonistas. La sociedad romana estaba basada más que la griega en la explotación de mano de obra esclava, en grandes unidades rurales y en la expansión imperial para obtener prisioneros y nuevas tierras de cultivo. Por este motivo fueron igual de entusiastas del infanticidio.

Amparados en la Ley de las Doce Tablas (540 AC) que concedía al «pater familia» el derecho sobre la vida de sus hijos e hijas, a los niños considerados “débiles” o “enfermos” se los arrojaba al río Tiber o se los despeñaba de la roca Tarpeia, junto con ancianos y personas adultas con discapacidad adquirida. En aquellas personas que no era visible su discapacidad en el momento de nacer, recibían un trato severo el resto de sus vidas.

En las luchas de gladiadores se obligaba a “enanos” a luchar contra mujeres, otro sector carente de derechos en la sociedad romana- para la diversión de la plebe. Antes de asumir el trono, el emperador Claudio (10- 54 DC) sufrió toda serie de malos tratos por parte de la nobleza y la Guardia

Imperial como consecuencia de su mala salud, su apariencia poco atractiva y la torpeza de sus movimientos, que hicieron que en un primer momento fuera declarado “incapaz para la vida pública”.

En la etapa del Imperio Romano, la muerte de menores con discapacidad ya no era habitual, sino que se le abandonaba en la calle o en una canasta en el Tiber para que pasara a manos de quién quisiera utilizarlo como esclavo o mendigo profesional. Los niños con discapacidad recibían mayores limosnas, lo que originó un comercio de niños mutilados, algunos de ellos mediante brutales intervenciones quirúrgicas, entre personas adultas que los explotaban en su beneficio. Di Nasso, P. (2010, pp 9 y 10) “Mirada histórica de la discapacidad”, Fundación Cátedra Iberoamericana, Universitat de les Illes Balears, disponible en: www.uib.es/catedra_iberamericana.

En la Edad Media, la posición frente a la discapacidad fue fuertemente influenciada por la Iglesia, fue ambivalente. Por un lado, se condenaba el infanticidio, mientras que por otro las personas consideradas “deformes”, “anormales” o “defectuosas” eran víctima de rechazo y persecución por parte de las autoridades civiles y religiosas. Las personas con discapacidad eran confundidas con los “locos, herejes, brujas, delincuentes, vagos y prostituta.

En Francia se construyeron verdaderas fortalezas y ciudades amuralladas para esconder a centenares de personas con discapacidad. En el siglo XIV los nacidos con discapacidad física, sensorial o mental, tales como sordera, ceguera, parálisis o cuadriplejía, eran confinados en encierros y exhibidos los fines de semana en zoológicos o espectáculos circenses para diversión o bien manipulando la conciencia social, para que las familias rectificaran sus pecados cometidos, por considerar que estos «fenómenos» o «monstruos» eran una señal de castigo enviada por Dios. (Di Nasso, Patricia, op.cit. “Mirada histórica de la discapacidad” ..., p. 11.)

Posteriormente el *Malleus Maleficarum* (1487), escrito por Jacob Sprenger y Heinrich Krämer, declaraba que los niños y las niñas con discapacidad eran producto de madres involucradas en la brujería y la magia. Aquí vemos la influencia en el cristianismo de dos elementos de la religión judía de la cual procede: por un lado, la prohibición del infanticidio y por otro la creencia de que la discapacidad era una “marca del pecado”. Durante la Edad Media se persiguió también a las personas con enfermedades psíquicas o neurológicas tales como esquizofrenia o epilepsia, por considerarlas poseídas o endemoniadas, a las que había que practicarles exorcismos.

Muchas de ellas fueron a parar a la hoguera. Pero también durante este período las personas con discapacidad fueron consideradas un pretexto enviado por Dios para que los “normales” pudieran expiar la culpa por sus pecados por medio de la realización de obras benéficas. Pasaron de ser «fenómenos» que había que ocultar o exhibir para diversión y disciplinamiento social, a ser «personas minusválidas», o sea de menor valor, a las que había que atender debido a la incapacidad que le atribuían para cuidar de sí mismas.

En el siglo XV se crearon las primeras instituciones psiquiátricas. El impulsor fue el religioso Juan Gilberto Jofré, quién nació en Valencia en 1350 y falleció en 1417. A los 25 años ingresó a la Orden de los Hermanos de la Merced, y en el ejercicio de sus funciones se dedicó al rescate de prisioneros de guerra y de esclavos. Posiblemente tomó contacto con los tratamientos de salud mental aplicados en el mundo árabe, y tras presenciar el linchamiento de un “insano”, encabezó un movimiento de solidaridad que llevó a la creación del Hospital de Santa María de los Santos Inocentes en 1409. Desde entonces se crearon numerosos psiquiátricos en España y América. (Aguada A. op.cit. p.81)

Los comienzos de la Modernidad se caracterizan por dos procesos históricos que llevaron a la consolidación del mundo contemporáneo: la invasión y conquista del continente americano, y la reforma protestante que

puso fin a la relativa unidad religiosa europea.

Entre los pueblos indígenas americanos la práctica del abandono o muerte de personas con discapacidad estaba limitada a muy pocas sociedades, en su lugar se tiene que, por ejemplo, entre los mayas de Centroamérica (en los actuales México y Guatemala) trataban con gran bondad a las personas con discapacidad física y adultos mayores incapaces de mantenerse. Entre los indígenas de Norteamérica los miembros impedidos de trasladarse eran cuidados por el resto de la comunidad, aunque eso representara el sacrificio de los intereses comunes. En la isla de Manhattan vivía una etnia en la que un gran número de sus integrantes eran sordos debido a la herencia de desarrollo de un gen dominante y que se comunicaban con una lengua gestual.

También se tiene registro que durante la reforma protestante de Martín Lutero (1483- 1546) y Joan Calvino (1509- 1564) se referían a las personas con discapacidad como “habitadas por el demonio”. El primero llegó a ordenar la ejecución de un niño con discapacidad mental. En las ciudades reformadas de Hamburgo y Frankfurt existían las “jaulas de los idiotas”. Los puritanos fundadores de las colonias inglesas en Norteamérica le asignaban el papel de bufón o “tonto del pueblo” a quienes tuvieran discapacidad mental.

Por otro lado, la medicina renacentista había hecho grandes avances como consecuencia de la gran cantidad de heridos que producían las guerras de conquista y de religión. Ambroise Paré (1510- 1592) inventó una técnica para ligar las arterias a los muñones en las amputaciones y comenzó a utilizar fórceps y suturas para atar heridas. En Alemania, por su parte comenzaron a utilizarse prótesis y aparatos ortopédicos muy desarrollados. En muchos estados europeos comenzó a tomar fuerza la idea de que debía existir una responsabilidad social hacia las personas con discapacidad.

A partir del siglo XVI, la creciente burguesía urbana a la que se referían

Marx y Engels comenzó a interesarse en el tratamiento de las personas con discapacidad. La investigación sobre educación para personas sordas tuvo gran desarrollo en Gran Bretaña, Holanda, los estados alemanes y la península itálica. En Francia se inició en el siglo XVIII, la enseñanza de personas sordas con base a lengua de señas, consiguiéndose niveles educativos muy considerables a fin de que pudieran realizar tareas, entre ellas la educación de sus semejantes.

En 1620 Juan de Pablo Bonet publicó su Reducción de las letras y Arte para enseñar a hablar a los Mudos, considerado como el primer tratado moderno de Fonética y Logopedia, mediante el cual se podía enseñar una lengua de señas un manual a personas sordas y sordomudas. Por otra parte, quienes padecían trastornos psíquicos, denominados «imbéciles», «dementes», «débiles mentales» o «locos/as», eran recluidos en Asilos o manicomios sin recibir ningún tipo de atención médica. El trato hacia esas personas se limitaba a su aislamiento del resto de la sociedad.

Con respecto a la Revolución Industrial, la industria capitalista dejaba un gran número de personas con discapacidad, al respecto cabe citar a Friederick Engels que en su obra *La situación de la clase obrera en Inglaterra* (1845), señalaba que *“¡He aquí, pues una buena lista de enfermedades, debidas únicamente a la odiosa codicia de la burguesía! Mujeres incapacitadas para la procreación, niños lisiados, hombres debilitados, miembros aplastados, generaciones enteras estropeadas; condenadas a la debilidad y la tisis, y todo ello, ¡únicamente para llenar la bolsa de la burguesía!”*. Engels, Friedriks; *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, edición original de 1845, en: <http://www.marxismoeducar.cl/me-01a.htm>, 2001.

Por otro lado, a lo largo del siglo XIX se dieron algunos avances en la educación de personas con discapacidad. El sistema de lectura y escritura táctil para personas ciegas fue inventado en 1825 por Louis Braille, quién quedó

ciego en su niñez debido a un accidente en el taller de su padre, cuando tenía 13 años.

La Primera Guerra Mundial, que se desarrolló entre 1914 y 1918, dejó en los países involucrados un gran número de jóvenes con secuelas físicas y psíquicas adquiridas durante el conflicto bélico. Solo en Gran Bretaña, al finalizar la guerra, unas 120 mil personas recibían subsidios por discapacidades psíquicas adquiridas en el campo de batalla, lo que representaba alrededor del 15% de todas las subvenciones por discapacidad. (Rose, N.1990.cap.IV)

Ahora bien, aproximadamente a partir de los años treinta, surge lo que más adelante vamos a desarrollar ampliamente, el “Paradigma de la Rehabilitación”. Con este modelo la discapacidad adquiere el carácter de síntoma o desviación observable de los parámetros biomédicos de normalidad en el funcionamiento de las estructuras o funciones corporales y psíquicas. Frente a este trauma o lesión, se deben poner en marcha medidas terapéuticas compensatorias.

En definitiva, la Discapacidad no es vista como el resultado de un conjunto de condiciones sociales, sino como una enfermedad que debe ser curada. Bajo este modelo, las personas con discapacidad podían quedar en una situación de minoridad, imposibilitadas de ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales, hasta que fueran curadas, es decir, hasta que dejaran de ser “personas con discapacidad” para ser “personas comunes y corrientes”.

Posterior a esta época, surgen los movimientos sociales de personas con discapacidad y en la década de 1970, como continuidad de los movimientos por los derechos civiles que protagonizaron importantes luchas en los años anteriores. Su objetivo era luchar por mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, asegurar la accesibilidad al medio físico y social, y por el

derecho a una vida independiente.

Es así que surge el Modelo Social, el cual establece que la discapacidad no es un atributo personal, sino que se expresa socialmente por la presencia de ámbitos en donde las personas con discapacidad no se les permiten acceder. El origen puede ser congénito, producto de una enfermedad o a causa de un accidente, pero lo que genera la discapacidad es la falta de adecuación del entorno para compensar o neutralizar los efectos de la limitación de la persona.

Como señala el sociólogo Eduardo Joly, la discapacidad, tal como me he referido a ella, es una construcción social. Es algo que a primera vista parece estar en el cuerpo de la persona, pero en realidad está en el lugar que se le permite ocupar a esa persona en la sociedad. (Joly, Eduardo; (2007) “La discapacidad: una construcción social al servicio de la economía”, en: <http://www.rumbos.org.ar/discapacidad-una-construccion-social-al-servicio-de-la-economia-clasefacderuba,2007.>)

El máximo logro obtenido por las organizaciones mediante sus luchas ha sido la aprobación por parte de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y un Protocolo Facultativo, el 13 de diciembre de 2006. La Convención se concibió como un instrumento de derechos humanos con una dimensión explícita de desarrollo social. En ella se adopta una amplia clasificación de las personas con discapacidad y se reafirma que todas las personas con diferentes tipos de discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Se aclara que: *“el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con*

discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1º). Para que las personas con discapacidad sean conscientes de sus derechos se establece que la Convención debe ser publicada en todos los formatos posibles, ya sea sonoro, braille o formatos computacionales (art. 2º).

A lo largo de su articulado se establece que las personas con discapacidad tienen derecho a la vida, a la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la no discriminación, la protección frente a torturas, la atención ante desastres naturales, a la vida independiente, a la sexualidad, a la participación política y social, y al acceso a los derechos fundamentales (salud, educación, trabajo y vivienda), y se obliga a los Estados a hacer cumplir este derecho (art. 4º) y se alienta la cooperación internacional en este sentido (art. 32º).

(Naciones Unidas. (2006) Convención y el Protocolo Facultativo, disponible en <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>).

En síntesis, de conformidad con todos los datos históricos anteriormente descritos, se puede concluir que a lo largo de la historia se ha practicado una opresión sufrida por las personas con discapacidad, basándose en ideas de perfección corporal, que otorgaban un lugar subordinado a aquellas personas que no eran plenamente funcionales. Esta forma de visualizar la discapacidad ya ha quedado atrás, gracias a la lucha de las distintas organizaciones de personas con discapacidad, que han tratado de dar a conocer al mundo que los prejuicios no son una consecuencia natural de la condición humana, sino una construcción social.

Esta concepción necesita ser revisada y reemplazada por otra, acorde al Modelo Social y al Paradigma de los Derechos Humanos. Son las personas con discapacidad quienes deben participar activamente en la conducción de este proceso hacia una sociedad más justa que no admita ninguna forma de opresión o discriminación

C) Los Modelos y Paradigmas de la Discapacidad.

Como se pudo observar en el acápite anterior, la historia de la humanidad nos relata cómo existieron diferentes momentos en la historia que se caracterizaron por establecer un “modelo” en el tratamiento de la discapacidad, a continuación, se desarrollarán los modelos o paradigmas más significativos a lo largo de la historia de la discapacidad.

Han existido modelos de abordaje de la discapacidad, conocerlos coadyuvará a comprender las injusticias y tratos inhumanos por los cuales anteriormente se hacía pasar a las personas con discapacidad. Por ello, con el paso del tiempo fue necesario ir cambiando esas concepciones hasta llegar a un modelo que se desarrolla a la luz de los derechos humanos, partiendo del principio de igualdad y no discriminación, en concordancia con el concepto de dignidad humana.

1. Modelo de Prescendencia/Paradigma Tradicional.

Tal como su nombre indica, durante la Antigüedad y la Edad Media, la actitud más común hacia la discapacidad era la prescindencia. Ya sea por haber recibido un castigo de los dioses o bien por considerarse que las personas con discapacidad no tenían nada que aportar a la comunidad. Se asumía en esta circunstancia, que sus vidas carecían de sentido y que, por lo tanto, no valía la pena que la vivieran.

En efecto, puntualiza Agustina Palacios, que este modelo se explica a partir de dos presupuestos, uno relacionado con la causa de la discapacidad y otro con el rol del discapacitado en la sociedad. Respecto del primero, propone que las causas que daban origen a la discapacidad eran religiosas; esto quiere

decir que obedecían a un castigo de los dioses por un pecado cometido generalmente por los padres de la persona con discapacidad, o bien una advertencia de la divinidad que a través de una malformación congénita— podía estar anunciando que la alianza ancestral se había roto y que se avecinaba una catástrofe. En cuanto al segundo presupuesto, que identificaba el rol de la persona con su utilidad, partía de la idea de que el discapacitado no tenía nada que aportar a la sociedad, que era un ser improductivo y, por consiguiente, terminaba transformándose en una carga tanto para sus padres como para la misma comunidad. (Palacios, A. Bariffi F. 2008. P.37).

Ahora bien, si una sociedad asumía que existía la posibilidad de que nacieran niños cuyas vidas no merecían ser vividas, una vez que se detectaba esta situación surgieron soluciones no gratas Según Palacios para las personas con discapacidad. Surgieron dos consecuencias que dieron origen a dos sub modelos dentro del modelo de prescindencia: el eugenésico y el de marginación. En ambos sub modelos se prescindía de las vidas de los niños discapacitados, en la primera solución, característico del mundo griego, la solución era la eliminación del niño dándole muerte; mientras que en la segunda lo que se hacía era la separación o el alejamiento del recién nacido del núcleo social.

Es necesario indicar en el mundo clásico, el trato dado a quienes nacían con una discapacidad no era igual que a los que tenían la discapacidad cuando eran adultos. Las fuentes indican cuando la discapacidad era de nacimiento, se consideraba necesaria la eliminación de la persona, evitándose de aquel modo que crecieran niños débiles o deficientes. Así lo demuestra Platón al afirmar:

“digo, pues, que ya ha sido sentado el principio de que los mejores de cada sexo deben unirse con los mejores con tanta frecuencia, y los inferiores con los inferiores tan rara vez, como sea posible; y que es preciso criar a los vástagos del primer tipo de unión, pero no del segundo, si la estirpe se ha de mantener en condiciones óptimas. Los funcionarios pertinentes llevarán los hijos de los padres selectos al redil o guardería, y allí los depositarán en manos de ciertas nodrizas que habitarán un cuarto separado; pero los vástagos de los inferiores,

o de los superiores cuando hayan nacido deformes, serán rechazados". (Platón, República, 459e, 1872) .

La introducción y expansión del cristianismo produce un cambio importante en la situación de los discapacitados, pues se condena el infanticidio. Mucho ha sido criticada la época del Medioevo por que tuviera tantos asilos y hospitales donde tenían asilados a niños con distintas discapacidades y que sus padres habían abandonado. La crítica se concentraba por la marginación de los niños discapacitados, encerrados en orfanatos, sin embargo, revisando la historia en aquel período, tampoco las personas menores de edad, sin alguna discapacidad, recibían demasiada atención.

Las tasas de mortalidad, en aquella época eran altas, debido a las malas condiciones sanitarias y alimenticias, donde las madres dejaban a sus recién nacidos al cuidado de nodrizas y sólo comenzaban a relacionarse con ellos hacia los siete años, etapa en la que se consideraba que ya habían sobrevivido a la infancia y que tenían importantes probabilidades de llegar a la vida adulta. Lo importante, respecto de lo anterior, es que producto del cristianismo, se trasladó del submodelo eugenésico al sub modelo de la marginación, característico de la edad media y que se extendió hasta principios del siglo XX.

Indica Palacios que, a partir de este submodelo, y especialmente durante los primeros siglos cristianos, los discapacitados cumplen un rol en la sociedad: ser mendigos para que los ricos pudieran dar limosnas y así alcanzar la salvación, además de constituir la atmósfera perfecta para que la Iglesia hiciera milagros. Sin embargo, hacia la Baja Edad Media, a raíz de la peste negra, comienza a asociarse a los discapacitados con pobreza y contagio, lo que, sumado a las acusaciones de brujería, acaba por convertir a la marginación en una verdadera exclusión. (Palacios, A. y Bariffi F. 2008. P.54-66)

Con respecto a este modelo, se puede concluir que el cristianismo abolió

las prácticas eugenésicas para confinar a las personas con discapacidad al margen de la sociedad.

2. Modelo Médico/ Rehabilitador

La Primera Guerra Mundial, que se desarrolló entre 1914 y 1918, dejó en los países que estuvieron inmersos, una gran cantidad de personas con resultados físicos y psíquicos críticos, adquiridas durante el conflicto bélico. Solo en Gran Bretaña, al finalizar la guerra, unas 120 mil personas recibían subsidios por discapacidades psíquicas adquiridas en el campo de batalla.

En 1919, se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que tuvo un papel importante en la aprobación de normativas políticas tendientes a proteger los derechos de las personas con discapacidad congénita y adquirida, y en la promoción y desarrollo de Programas de Rehabilitación.

Respecto de América, se tiene que en Argentina ya se venían aplicando terapias de rehabilitación para niños con ciertas patologías innatas o adquiridas desde la década de 1910, lo que hacía necesario modificar las condiciones físicas y mentales que se querían eliminar en la siguiente generación. Por lo tanto, se recomendaba los niños y las niñas “débiles”, que asistieran a Escuelas Especiales temporal o permanentemente para insertarlos nuevamente en la sociedad sin debilidades.

Estas intervenciones tenían un carácter rehabilitador. Eventualmente las escuelas fueron reemplazadas por Colonias de Verano, ya que se consideraba que, en climas diferentes como las costas, llanuras o montañas, el aire ayudaba a fortalecer su debilidad. El objetivo último era alcanzar los estándares de normalidad y belleza. (Olaechea, Belén (2008) “Debilidad, eugenesia y actividad física a principios del siglo XX”, en: Memoria Académica, Disponible en www.memoria.fahce.unlp.edu.ar, Facultad de Humanidades y

Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata).

En 1955, la OIT publicó su Recomendación N° 99 sobre «Rehabilitación y Empleo de los Inválidos», que planteaba la necesidad de poner a disposición de las personas con discapacidad, los medios de adaptación y readaptación profesional independientemente de su origen, naturaleza y edad, siempre que puedan ser preparadas para ejercer el empleo adecuado y tengan perspectivas razonables de obtener y conservar su empleo. Esta recomendación apuntaba desde un primer momento a la integración social y laboral de las personas con discapacidad. (Hernández, E. (1996) “Desarrollo histórico de la discapacidad, disponible en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/cad_guia_disc_UT1.pdf).

En Latinoamérica, el campo de la Rehabilitación comenzó hacia 1955, por medio de la aportación de servicios médicos y educacionales, pero desde una percepción proteccionista y asistencial. Además, la mayoría de las instituciones que se crearon eran de carácter privado y sin apoyo financiero del sector público, por lo que solo pudo cubrir las necesidades de un pequeño sector de la población con discapacidad. A inicios de la década de 1960, empezó a tener un mayor protagonismo el Estado, pero siempre conservando para las personas con discapacidad el papel pasivo de destinatarios de sus servicios.

Podemos señalar entonces, que el paradigma de la Rehabilitación puede incluirse dentro del llamado “Modelo Médico Biológico” de la Discapacidad. Bajo este modelo lo que interesa es poner atención en las patologías que generaban un déficit en el funcionamiento del individuo y lo inhabilitaban para llevar una vida “normal”. La discapacidad adquiere para este modelo el carácter de síntoma en los parámetros biomédicos de normalidad en el funcionamiento de las estructuras o funciones corporales y psíquicas.

Frente a este trauma o lesión, se deben poner en marcha medidas terapéuticas compensatorias. Bajo este modelo, la Discapacidad no es vista como el resultado de un conjunto de condiciones sociales, sino como una enfermedad que debe ser curada. Bajo este modelo, las personas con discapacidad podían quedar en una situación de minoridad, imposibilitadas de ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales, hasta que fueran curadas, es decir, hasta que dejaran de ser «personas con discapacidad» para ser «personas comunes y corrientes». Este modelo fue objeto de cuestionamiento por parte de movimientos políticos y sociales de las décadas siguientes.

Para Palacios en su línea de pensamiento, considera que *“el tratamiento impartido a las personas con discapacidad desde este modelo se basa en una actitud paternalista, producto de una mirada centrada en la diversidad funcional, que genera subestimación y conlleva a la discriminación”* (Palacios, A. 2008, p. 90).

Lo que se pretende en este modelo, es situar el centro del problema exclusivamente en la discapacidad, lo que claramente supone un menosprecio hacia las aptitudes generales de las personas con discapacidad, que pasarían a ser consideradas normales o anormales, según fueran diagnosticadas como sanas o enfermas. Podemos concluir, siguiendo a Pérez Bueno, que el modelo rehabilitador considera la discapacidad como un problema de la persona, producido por una enfermedad, accidente o condición negativa de la salud, que requiere de cuidados médicos proporcionados por profesionales bajo formas de tratamientos individuales.

En este contexto, el tratamiento de las personas pretende conseguir su total mejoría o, en su defecto, una adecuada adaptación de la persona, o un cambio en su comportamiento. Como efecto de esta concepción, desde el punto de vista político y jurídico, la discapacidad se enmarcaría dentro de la

legislación de la asistencia y la seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del Derecho civil relacionadas con la menor capacidad, la incapacitación y la tutela. (Pérez Bueno, L. (2010, p. 83).

Con base en esta concepción, la dignidad humana de una persona, ya no sólo útil a la sociedad, por su mera existencia y carácter de ser humano, sino debe responder a una contextura física fuerte, como el hombre descrito por Charles Darwin o el superhombre nietzscheano a principios del siglo pasado. Y en ese contexto se entiende no sólo el intento de Adolf Hitler por formar la raza aria sino, especialmente, la tentativa nazi de exterminar a las personas con discapacidad.

Para finalizar, se puede destacar que, durante la segunda mitad del siglo XX, se advierte un paulatino tránsito hacia un nuevo cambio de paradigma respecto de la discapacidad. En efecto, y aunque muy lentamente, una revisión de la historia de las resoluciones de Naciones Unidas muestra cómo el modelo rehabilitador fue dando paso a lo que hoy conocemos como modelo social. Así, por ejemplo, en la década de los setenta, dos resoluciones dejan de hablar de asistencia para referirse a los derechos, palabra introducida por el modelo social.

El primero de dichos instrumentos se remonta a 1971 y es la “Declaración de los Derechos del Retrasado Mental”; mientras que el segundo documento, emitido en 1975, fue denominado “Declaración de los Derechos de los Impedidos”. La década de los ochenta implicó un gran paso a este respecto en el ámbito internacional: 1981 fue proclamado “Año Internacional de los Impedidos” por la Asamblea General de Naciones Unidas.

El decenio comprendido entre 1983 y 1992, fue proclamado “Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad”; y, en 1993, el mismo organismo aprobó una resolución histórica titulada “Normas Uniformes sobre la

Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad”, cuya filosofía y principios fueron elaborados en gran medida por personas con diversidad funcional, respondiendo a las reivindicaciones que venían pidiendo desde hacía muchos años. (Palacios, A. y Bariffi, F. (2007, pp. 31-34.)

3. Modelo Social

Lo que hoy se conoce como el modelo social de la diversidad funcional, tiene sus orígenes en el Movimiento de Vida Independiente, que nació en Estados Unidos a finales de los años 60 del siglo pasado, en la Universidad de Berkeley, California. Si bien este movimiento tiene una firme carga de lucha por los derechos civiles, en este, con la voz de las propias personas discriminadas, se establecieron cambios radicales desde el punto de vista moral para aproximarse a esta realidad humana. (Guzmán, F.; Toboso, M. y, Romañach, J. (2010, p. 15).

Según Palacios, efectivamente el origen del modelo social puede situarse en la década de los sesenta, en Estados Unidos; específicamente, en el día en que Ed Roberts, un alumno con discapacidad severa, ingresó en la universidad de Berkeley, California, para estudiar Ciencias Políticas. Derribando barreras arquitectónicas y sociales, Roberts abrió el camino a otros discapacitados, que fueron organizándose para ingresar en la universidad y vivir en el campus universitario, plenamente insertos en el mundo estudiantil.

A partir del examen del movimiento feminista, Roberts advirtió que los discapacitados, al igual que las mujeres en su intento de reivindicación social, rechazaban terminantemente que se los definiera por sus características físicas. En consecuencia, se dedicó a difundir la idea de que la independencia no está dada por la capacidad de ser autónomo en los quehaceres cotidianos, sino por la de dirigir el destino de la propia vida. (Palacios, A. 2008, pp. 106-117).

El «Modelo Social» postula que la discapacidad no es un atributo personal, sino que se expresa socialmente por la presencia de ámbitos en donde las personas con discapacidad no se les permite acceder. Bajo el Modelo Social la discapacidad no se considera un síntoma o condición médica sino una construcción social que modifica o condiciona la realidad de estas personas. Ya no se las considera “enfermas” que deben ser tratadas o “menores de edad” cuyos derechos han sido limitados, sino como ciudadanos o ciudadanas activas en la vida política, económica y social de la comunidad, y cuya opinión debe ser tomada en cuenta a la hora de elaborar políticas de inclusión.

Desde entonces, se fueron creando organizaciones de personas con discapacidad en todo el mundo, que reclaman un nuevo papel en el diseño y organización de políticas sociales, con un mayor protagonismo y autonomía. Fue así como surgió un nuevo concepto que intenta cambiar la visión tradicional de la discapacidad, trasladando el foco de lo individual a lo social.

En lugar de entender la discapacidad como una carencia de la persona que se debe remediar en pos de la inserción, se pasa a mirar las deficiencias como un producto social, resultado de las interacciones entre un individuo y un entorno no concebido para él. De este modo, el modelo social atenúa fuertemente los componentes médicos de la discapacidad y resalta los sociales.

Ahora bien, al considerar que las causas que están en el origen de la discapacidad son sociales, Pérez Bueno propone que las “soluciones” no deben tener cariz individual respecto de cada persona concreta “afectada”, sino que más bien deben dirigirse a la sociedad. De ahí que, a diferencia del modelo médico que se asienta sobre la rehabilitación de las personas con discapacidad, el modelo social ponga el énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las

necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad. (Pérez, L. 2010, pp. 83-84).

En un estudio sociológico de los modelos de la discapacidad, Colin Barnes muestra la relación existente entre los distintos paradigmas o modelos y medio en que se desenvuelve la persona con diversidad funcional. En este contexto, el autor hace notar cómo mientras en el modelo médico el ambiente era neutro y una realidad externa a la discapacidad, en el modelo social pasa a ser un factor constitutivo de la discapacidad por aparecer como una barrera. Según Barnes, desde esta perspectiva, la discapacidad puede tornarse circunstancial, contextual, situacional y relativa, llegando a derivar incluso en la negación de la realidad del cuerpo de una persona. De lo anterior es posible desprender dos interesantes consecuencias, como se señalan a continuación.

En primer término, cabe destacar que la sociología podría tener mucho que aportar al abordar el tema de la discapacidad, específicamente en la creación o destrucción de estereotipos y mentalidades en las que el lenguaje y las imágenes juegan un rol central. En segundo lugar, esta mirada de la diversidad funcional suele estimular la agrupación de los discapacitados que provocan que el tema aparezca de forma tan política e ideológica que se termine mirando la discapacidad como la historia de los excluidos. Barnes, Colin y Maercer, Geof (2010) *Exploring Disability: a Sociological Introduction*, Polity, Cambridge, en (Barnes, C. y Mercer, G. 2010, pp. 3-61)

En resumen, se podría afirmar que, a partir de la experiencia norteamericana, surge un nuevo paradigma para entender la discapacidad, el modelo social que, al igual que como se ha visto en los modelos antes expuestos, se basa en dos presupuestos: uno relacionado con sus causas y el otro con el rol de la persona en la sociedad. Se logra observar en primer lugar que para el modelo social las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales. Según los defensores de este

modelo, no son las deficiencias individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, que no es capaz de asegurar que las necesidades de las personas con discapacidad. Se considera que las personas con discapacidad tienen tanto que aportar a la sociedad como aquellas que no lo son. De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social, se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia.

Es importante señalar que algunos autores como como Guzmán han propuesto que debería de proponerse un submodelo dentro del modelo social, al cual se debería de llamar “el modelo de la diversidad. Según Guzmán, el modelo de la diversidad va más allá del modelo social de la diversidad funcional y propone: un cambio terminológico, la aceptación de la diversidad funcional como parte de la enriquecedora diversidad humana y la consecución de la plena dignidad en la diversidad funcional. Para ello establece dos ideas o valores fundamentales: dar el mismo valor a las vidas de todos los seres humanos y garantizar los mismos derechos y oportunidades a todas las personas. (Guzmán, F.; Toboso, M. y Romañach, J. (2010), p. 22.).

Según Guzmán, pese a que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene sus raíces en el modelo social, sus fundamentos éticos están estrechamente ligados al modelo de la diversidad, que es una evolución del modelo social. Bajo su punto de vista, la importancia de la aparición de este submodelo es primordial, pues el modelo de la diversidad propone fundamentos éticos que trascienden el ámbito de los Derechos Humanos, algo que no ocurre en el modelo social. Véase Guzmán, F.; Toboso, M. y Romañach, J. (2010), p. 20.

Por último y para concluir podemos señalar que el aporte del modelo

social es su particular enfoque consiste pretende corregir o rehabilitar a la sociedad misma como el propósito de eliminar las barreras de cualquier entorno y el logro de la inclusión y participación de las personas con discapacidad en todas las etapas de la vida en sociedad reconociendo y tomando en cuenta sus diferencias y su diversidad, sin embargo se queda al voluntarismo humanitario que no parece ser suficiente para la integración total de la persona con discapacidad.

Sección II. La Discapacidad: "Un tema de Derechos Humanos".

A) El Cambio de Paradigma: La consideración de la Discapacidad como un tema de Derechos Humanos.

Desde los años ochenta del siglo XX, se ha venido instaurando en la sociedad un cambio de paradigma respecto del tema de la Discapacidad, dicho cambio se traduce básicamente, en la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y es a partir este enfoque que las políticas ofrecidas y las respuestas brindadas a la problemática, por parte de los estados de la comunidad internacional, a los que se enfrentan las personas con discapacidad pasan a ser pensadas y estructuradas respetando la dignidad humana de la persona con discapacidad.

Lo anterior se debe, en parte, a la gran lucha que vienen llevando a cabo las propias personas con discapacidad, desde la década de los años setenta del siglo pasado, quienes reclamaban que se las dejase de considerar como objeto de políticas asistenciales, para pasar a ser sujetos de derecho.

Ahora bien, de conformidad al desarrollo que se realizó en la sección anterior, respecto del tratamiento al que fueron sometidas las personas con discapacidad en los diferentes modelos ya desarrollados, que significa entonces asumir la materia de Discapacidad como una cuestión de derechos Humanos.

Como explican Quinn y Degener, el camino hacia la perspectiva basada en los derechos humanos se pone de manifiesto también en el hecho de que las

instituciones nacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos han comenzado a interesarse por las cuestiones relativas a la discapacidad. La importancia de esto radica en que estas instituciones ayudan a tender un puente entre el derecho internacional relativo a los derechos humanos y los debates internos sobre la legislación a favor de las personas con discapacidad y la reforma de la política. (Degener T. y Quinn, G., Derechos Humanos y discapacidad, op. cit. p.12.)

Del mismo modo, las organizaciones no gubernamentales que se ocupan de las cuestiones relacionadas con la discapacidad están comenzando a ser consideradas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, y están promoviendo la búsqueda y procesamiento de información concreta sobre presuntas violaciones de derechos humanos de las personas con discapacidad. Y recíprocamente, entre las ONG de derechos humanos tradicionales, se encuentra en marcha un proceso similar de transformación, a partir del cual la discapacidad se encuentra en un lugar prioritario dentro de la agenda de los derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1 indica:

1.Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

1.Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano

(el resaltado no es del original)

El artículo que antecede es manifiesto sobre la obligación que mantienen los Estados Partes de respetar los derechos de las personas y evitar cualquier discriminación que pudiese violentar las esferas personales de la ciudadanía, se centra, además, en observar a la persona como todo ser humano, sujeto de derechos y/o obligaciones, que forman parte del diario vivir tanto desde lo estatal como lo individual.

Razón de ello podría indicarse que una persona con discapacidad dentro de un entorno de personas “normales” no debería ser excluida y mucho menos minimizada en sus derechos. El artículo 24 de la citada Convención indica “***todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley***” (la negrita es propia).

Jurídicamente hablando, es correcto mencionar que todos y todas tenemos igualdad de derechos, nos cobijan ideas fundamentales de libertad, expresión, reunión, entre otros, que forjan una sociedad respetuosa, democrática y proteccionista, logrando así potencializar con cada codificación las líneas o aristas que en principio deben de respetarse por cada Estado, para cumplir su objetivo la democracia y vida en común.

Bajo este criterio significativo, la Convención sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de diciembre del 2006 en la ciudad de Nueva York, la cual entró en vigor el 03 de mayo del 2008 (ratificada por Costa Rica) conceptualiza el término **discriminación por discapacidad**:

Se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Estableciéndose con dicho concepto, diversas posibilidades o manifestaciones de discapacidad, en consonancia con derechos fundamentales que pertenecen a estas personas; tratándose de desvincular toda barrera que minimice los derechos pertenecientes a cada persona, fijándose como parámetro lo obligatorio del Estado de comprometerse con este respeto y tratar de observar qué y cómo está obstaculizando con sus políticas.

B) El Tratamiento de la Discapacidad en el Ámbito del Derecho Internacional: "Un acercamiento al contenido básico de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".

Como ya se mencionó el 13 de diciembre de 2006, se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tras un proceso de cuatro años de reuniones, consensos y debates internacionales. Sin duda esta Convención es el resultado de un largo proceso, en el que

participaron varios actores: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad.

Este instrumento se supone que trae consecuencias para las personas con discapacidad, por ejemplo, se destaca la «visibilidad» de este colectivo dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas.

Se puede indicar, primeramente, que el objeto o propósito de la Convención objeto de análisis, 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, según lo establecido en el artículo número uno de dicha Convención.

Es así como, aplicando el principio de no discriminación, esta Convención tiene como objetivo fundamental tratar de adaptar las normas consagradas en los Tratados de derechos humanos en el contexto de la persona con discapacidad. Lo que quiere decir que los Estados partes de la Convención, deben establecer los mecanismos necesarios para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, sin ningún tipo de discriminación y en igualdad de condiciones que los y las demás personas.

De este modo, puede afirmarse que la Convención bajo análisis es de naturaleza integral. Ello significa que no se queda en la mera cláusula de no discriminación para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, sino que ahonda más allá, y se propone asegurar el ejercicio de dichos derechos, que en determinadas circunstancias requieren de un plus, y promover el valor inherente de las personas con discapacidad.

Lo expuesto, sumado a la cláusula de no discriminación, y a los fines de garantizar la igualdad de oportunidades, se ha entrado en la sustancia de los derechos. Y ello tiene absoluta lógica, toda vez que, como afirma Gerard Quinn, no es posible centrarse en la no discriminación sin abordar la sustancia de los derechos en los cuales el principio de no discriminación deberá aplicarse. (Quinn, G., 2006)

De este modo, en el momento de establecer su objeto, el artículo 1 de la Convención ha definido lo que va a entenderse por discapacidad. No obstante, para una interpretación sistemática del texto bajo análisis, no solo debe leerse el artículo 1, sino también el Preámbulo de la misma.

La Convención reconoce, por un lado, en el Preámbulo, que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Asimismo, entiende, según el artículo 1, “que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. (Preámbulo de la Convención, 2006)

De lo mencionado se desprende, por un lado, la asunción del modelo social de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno. Y por otro, que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.

La Convención entiende discriminación por motivos de discapacidad:

“Cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los

derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Los ajustes razonables son, según la Convención:

“...las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...”.

Este artículo 2 comentado debe ser analizado junto al artículo 5, sobre Igualdad y No Discriminación, que establece que:

«1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad».

Tanto el artículo 2, al definir la discriminación por motivos de

discapacidad, como el artículo 5, al establecer medidas contra la discriminación por motivos de discapacidad, coinciden en un punto esencial, que merece ser destacado. Lo que se prohíbe es la “discriminación por motivos de discapacidad”. Por ende, siguiendo a Gerard Quinn, podría sostenerse que dicha formulación pone la atención sobre el fenómeno de la discriminación y no tanto en las peculiaridades de la persona.

Los Principios contenidos en la Convención

Según el artículo 3 de la Convención, los principios son los siguientes:

“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 las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.” (Artículo 3 de la Convención internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad).

Principio de Dignidad y Autonomía Individual.

Ahora bien, antes de adentrarnos en el mundo de los valores y la situación de las personas con discapacidad, Gerard Quinn propone reflexionar, en primer lugar, respecto del postulado de la dignidad humana, que resume la

simple idea de que todas las personas son fines en sí mismas. En la práctica, sin embargo, la mayor parte de nuestras sociedades, manejadas por el mercado, valoran al ser humano por su valor de uso o utilidad. Si nuestra utilidad o valor de uso se encuentran disminuidos, limitados (o, mejor dicho, percibidos como disminuidos, limitados) entonces nuestro valor como seres humanos también tiende a disminuir. La realidad es que, en muchos sitios del mundo, muchas personas con discapacidad son tratadas como objeto y no como sujetos. (Quinn, G. op.cit, 2006), «Next steps —Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities», op. cit.)

Si partimos del valor de la autonomía, la simple idea de que cada persona se autogobierna y dirige sus metas, podemos advertir que todavía se niega a las personas con discapacidad el derecho a tomar sus propias decisiones sobre su propio destino. Y, seguramente, la respuesta correcta para aquellos que tienen disminuida su capacidad para la autonomía o para quienes son percibidos con dicha disminución, sea la asistencia para poder llevar una vida independiente, y no la sustitución de su autonomía.

La noción de dignidad humana es la piedra fundamental sobre la que se asientan los derechos humanos. Esta idea de dignidad humana debería reforzar la idea de que las personas con discapacidad tienen un papel en la sociedad, que hay que atender con absoluta independencia de cualquier consideración de utilidad social o económica.

Evidentemente, las reflexiones comentadas resultan de gran utilidad, sobre todo frente al riesgo que pueden suponer interpretaciones que supediten la dignidad a ciertas virtudes, ya que de este modo podría inferirse que algunos individuos, los más virtuosos, pudieran ser considerados más “dignos” que otros, ya que lo que de algún modo se reclama desde el mismo movimiento de personas con discapacidad, es una caracterización universal de la dignidad, que involucre la igual dignidad de todos los hombres.

En este sentido, debe diferenciarse la idea de dignidad, como condición invulnerable e innata del ser humano, de la existencia de una vida que se

desarrolla por medio de la ética privada y en la medida de cada ser humano. Esas dimensiones en realidad son condiciones o aptitudes o rasgos que describen al ser humano, pero no a su dignidad.

Este principio comentado, que integra los de dignidad, autonomía e independencia, debería ser el eje a partir del cual la Convención debería ser interpretada y aplicada. Se plasma en cada uno de los derechos que la Convención recoge, pero puede verse especialmente reflejado en el artículo 19, que regula el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad.

Establece el mencionado artículo que los Estados Partes:

“Artículo 19:

“...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;

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.»

El artículo citado prevé, entre otras cuestiones, un principio que se encuentra muy relacionado con la idea de dignidad humana y autonomía, y que se plasma en el derecho de las personas con discapacidad a vivir dónde y con quién quieran, y con servicios que faciliten su inclusión en la comunidad, incluida la asistencia personal. Esto puede resumirse en la idea de vida independiente. Por medio del establecimiento de este principio, se ha dado respuesta a uno de los principales reclamos de las personas con discapacidad, que consiste en la posibilidad de formar parte de la toma de decisiones relativas a sus propias vidas.

De este modo, las personas con discapacidad dejan de ser vistas como meros pacientes, o de estar sometidas a políticas paternalistas en las que se las intenta suplir y apartar de la toma de decisiones en aquellas cuestiones que les incumben. El reclamo de las personas con discapacidad. Los incisos b), c), d) y e) engloban cuatro principios; estos son: la no discriminación (inc. b); la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad (inc. c); el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas (inc. d); y la igualdad de oportunidades (inc. e). Estos cuatro principios son diferentes facetas, que pueden conjugarse en una idea: la idea de igualdad.

En este sentido, una de las premisas fundamentales del modelo social de discapacidad se basa en que todas las personas poseen no solo un valor intrínseco inestimable, sino también que son intrínsecamente iguales en lo que se refiere a su valor, más allá de cualquier diferencia física, mental, intelectual o sensorial. Ello no equivale a decir que no existan diferencias entre las personas, sino más bien que una sociedad que respeta auténticamente el principio de igualdad, es aquella que posea la configuración del cuerpo legal que busca hacer efectiva la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad.

Principio de Accesibilidad

Pasemos ahora, a otro principio, que se encuentra asimismo

íntimamente relacionado con el de igualdad, y que es el principio de accesibilidad universal. La Convención lo prevé en el inciso f) del artículo 3, y asimismo, se encuentra regulado como derecho en el artículo 9, no solo es un derecho sino también como principio de la Convención, ya que este principio-derecho resulta ser una condición ineludible para el ejercicio de los derechos en igualdad de oportunidades por todas las personas, y para, en último término, conseguir el logro de la igual dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, y en ello hace falta insistir, si desde la Convención se asume que la discapacidad es un fenómeno complejo, que está integrado por factores sociales, que se traducen en barreras; la accesibilidad universal pasa a ser, desde la otra cara de la moneda, uno de los modos más idóneos para la prevención de la discapacidad.

De este modo, podría decirse que la prevención de la discapacidad está integrada, tanto por las medidas que tiendan a prevenir, por ejemplo, accidentes de tráfico, como las medidas tendentes a prevenir la construcción de edificios inaccesibles. Evidentemente, por la materia que regula y por el marco que esta Convención ampara, la prevención que nos interesa se corresponde con el segundo tipo de medidas.

Principio de Igualdad entre el Hombre y la Mujer

Es importante destacar que este principio está contenido en el artículo 3 de la Convención y sin duda alguna representa un gran logro y un reconocimiento en materia de derechos humanos de las mujeres con discapacidad. Llama de sobremanera la atención que las mujeres con discapacidad, a través de la historia, han sido invisibilizadas incluso en el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas, nótese que las mujeres con discapacidad, no fueron mencionadas expresamente en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Las mujeres con discapacidad se enfrentan a una doble discriminación, primero por su discapacidad y segundo por su género; aunado a lo anterior

podríamos mencionar otros aspectos que sin duda alguna aumentaría la discriminación sufrida, por ejemplo, además de las ya mencionados, podría incidir su condición de pobreza e incluso su origen étnico.

Debe mencionarse que muy poco ha sido el desarrollo de este tema, ya que el tópico de la mujer discapacitada desde un enfoque de derechos humanos, recién comenzó a dar sus primeros pasos en los años ochenta. Por lo que se considera que las mujeres y niñas con discapacidad, tanto a nivel nacional como internacional aún en la actualidad continúan siendo invisibles, esto se evidencia en las políticas públicas de un estado, respecto de temas de género o bien dentro de la educación que se imparte a una sociedad.

Podría indicarse que el único documento internacional que es vinculante y que específicamente menciona la situación de las mujeres con discapacidad es la recomendación Nro. 158 de la OIT sobre la rehabilitación vocacional y el empleo de 1983181, aunque, como es sabido, este no es un documento de Naciones Unidas.

En la Convención cada artículo mantiene una perspectiva de género. Dicha perspectiva se abordó desde el Preámbulo de esta Convención, recordemos que, conforme a las reglas del Derecho Internacional, los artículos de los Tratados o Convenciones deben ser interpretados dentro del contexto del Preámbulo. Es decir, el preámbulo ayuda a interpretar la Convención, es por ello que se debe prestar especial atención a lo señalado en el Preámbulo, el cual dispone lo siguiente:

«Los Estados Parte en la presente Convención: (...)

- p) Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o graves formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición,*
- q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen*

estar expuestas a un riesgo mayor, dentro o fuera del hogar, de violencia, lesión o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación, (...)

s) Subrayando la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad, (...).».

De lo anterior podemos precisar que la Convención tiene una perspectiva de género que transversaliza todo su articulado, pero al mismo tiempo incorporó un artículo específico para hacer visible su perspectiva, así se encuentra establecido es su numeral 6, el cual señala lo siguiente:

«Artículo 6. Mujeres con discapacidad.

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y las niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y que, a ese respecto, deben adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.»

Cabe mencionar respecto del anterior numeral, que se reconoce lo que en párrafos anteriores mencionamos, la múltiple discriminación que sufren las mujeres con discapacidad, y hace un llamado directo a los Estados partes de asegurar que estas niñas y mujeres disfruten de pleno y en igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales. Al mismo tiempo, establece otras disposiciones, que

bien vale la pena mencionar y que justamente evidencian la transversalidad ya señalada, como lo establecido en sus artículos 8 y 16, al disponer lo siguiente:

«Artículo 8. Toma de conciencia.

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, eficaces y apropiadas para: (...)

b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida; (...)»

«Artículo 16. Protección contra la explotación, la violencia y los abusos.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abusos, incluidos los aspectos relacionados con el género.

2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir todas las formas de explotación, violencia y abusos asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la forma de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abusos. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

3. (...)

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con

discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abusos, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abusos contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.»

A lo largo del artículo, podemos destacar, por ejemplo respecto del artículo 8, era necesario hacer notar que, debido a cuestiones basadas en estereotipos, en muchas de las ocasiones las mujeres son vulneradas en el ejercicio de su maternidad, cuidado y crianza de sus hijos e hijas, en su sexualidad y derechos sexuales y reproductivos, por lo que se hace necesario mencionar que estas al igual afectan a las mujeres con Discapacidad. En un mismo sentido el artículo 16 transcrito, nos refiere otra lamentable realidad, que las mujeres y niñas con discapacidad resultan muy vulneradas en lo referente al tema de violencia y abuso, advirtiendo la necesidad de los Estados partes en brindar especial protección.

Ahora bien resulta de relevancia mencionar otros artículos que transversalizan la perspectiva de género, antes de dar por concluido el desarrollo de este principio, entre ellos encontramos al artículo 25, que refiere respecto de la necesidad de que los Estados partes proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva y programas de salud pública dirigidos a la población. El artículo 25 refiere la necesidad de que se disponga lo referente al nivel de vida adecuado y protección social, esto quiere asegurar el acceso de

las personas con discapacidad, en particular las mujeres y las niñas y las personas de edad con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza.

Podemos concluir, de acuerdo con lo ya señalado, que se considera que el gran mérito de la Convención en la materia, es este doble enfoque, a partir de una interpretación sistemática del artículo 6, el Preámbulo, y el resto de instrumentos de protección de los derechos humanos en general, que son enteramente aplicables a las mujeres con discapacidad.

Respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Al igual que sucede con el género, la Convención adopta un doble enfoque a la hora de proteger la situación de las niñas y niños con discapacidad. Por un lado, le dedica un artículo específico, para dar visibilidad a su situación, y por otro, adopta una perspectiva de transversalidad a lo largo de toda la Convención.

Así, el artículo 7 sobre niños y niñas con discapacidad, establece:

«1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia

apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.»

De la lectura del numeral anterior, podemos observar dos aspectos importantes. Mediante este numeral se establece una protección específica, mediante la cual los Estados Partes se comprometen a tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de los niños y niñas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás, como se mencionan el derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afectan, opinión que, obviamente, será considerada, como sucede siempre en el tema de la infancia, con arreglo a la edad y la madurez del niño o niña en cuestión.

Pero también toca otro aspecto, al igual que lo hace la Convención de Derechos del Niño, el interés superior del niño o niña, principio que se resume en la idea de que siempre que se encuentre involucrado un niño o niña, a la hora de interpretar o aplicar una disposición y tomar una decisión que le afecte, lo que debe primar es la satisfacción de sus derechos y, el interés del niño o niña pasará a ser el interés que primará, sobre cualquier otro, siendo incluso necesario realizar una ponderación de derechos fundamentales.

Partiendo desde una perspectiva de transversalidad, la Convención asume a lo largo de su articulado las siguientes cuestiones que afectan más directamente a niñas y niños, por ejemplo:

Artículo 4, sobre obligaciones generales:

«(...)

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.»

Artículo 23, respeto del hogar y de la familia.

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

(...) c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.”

El anterior articulado es bastante amplio y aborda temas trascendentales en la toma de acciones para resguardar el pleno ejercicio de los derechos humanos de los niños y las niñas con discapacidad. Nótese que las personas menores de edad son quienes más han sufrido violación de derechos humanos, y máxime derechos relacionados con la familia, y con la vida en familia. Uno de los derechos consagrados en esta Convención es el derecho a que los niños y niñas con discapacidad mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que el resto de niñas y niños, por lo que de ninguna manera se podrá permitir que existan ordenamientos jurídicos que continúen violando el derecho a la igualdad, y basándose en motivos de discapacidad, se permita que personas menores de edad con discapacidad pierdan su fertilidad.

Además de lo anterior, observamos que se evidencia un llamado para que los Estados Partes protejan a los niños y niñas con discapacidad durante la custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, de conformidad con el interés superior del niño o niña y de que aseguren que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, incluso el artículo es explícito en establecer expresamente que en ningún caso se separará a un niño o niña con discapacidad de sus padres en razón de la discapacidad, ya sea del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

En este mismo sentido y no menos importante, se evidencia la protección de la educación para la persona menor de edad, en su numeral 24, se establece que la enseñanza primaria y secundaria deberá ser gratuita, y que los niños y las niñas no podrán ser excluidos por motivos de discapacidad, para que estos adquieran su máximo desarrollo académico y social. El tema de la educación llama especial la atención ya que como hemos mencionado en la sección II, es sabido, que en el modelo rehabilitador lo que se pretendía era que las personas,

y especialmente las niñas y niños se normalicen mediante una educación especial, el modelo social aboga por una educación inclusiva.

Con respecto a este particular, Vlachou critica el término necesidades especiales, y sobre todo el uso que se ha venido haciendo del mismo, que a su entender perpetúa las ideologías segregacionistas. En opinión de la autora, la creación de este término confirma precisamente la ineficacia de un sistema educacional que ha sido construido para incluir a ciertas personas y no a otras. De este modo, la división ideológica dentro de los discursos políticos entre necesidades especiales y necesidades ordinarias deviene parcialmente de una falta de compromiso con una educación inclusiva. (Vlachou, A. 1997, p.36),

La Convención también trata en su artículo 30, el derecho de los niños y niñas a participar en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte. Lo que se intenta garantizar con base en este artículo, es que niñas y niños con discapacidad puedan tener acceso a las mismas oportunidades de desarrollo que los niños y niñas sin discapacidad, esto no solo en el ámbito educativo, sino que se debe incorporar las actividades de ocio, juegos, deportes y demás.

SECCIÓN III. Desarrollo y abordaje de la Discapacidad en Costa Rica.

En las secciones anteriores fueron desarrollados los aspectos generales sobre la discapacidad, inicialmente fue resuelto el asunto conceptual de la discapacidad, además de realizar un amplio recorrido por la historia de la discapacidad en las diferentes etapas de la sociedad, así como también fueron desarrollados los paradigmas de la discapacidad. En la sección II de este primer capítulo se desarrolló la discapacidad de conformidad con el modelo de Derechos Humanos y se desarrolló ampliamente contenido básico de la

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ahora bien en la presente sección se pretende hacer referencia al tema de la discapacidad, pero a través de la investigación sobre el desarrollo y abordaje del tema dentro de la sociedad costarricense, por lo que inicialmente se desarrollara el tópico "Antecedentes sobre el Tratamiento de la Discapacidad en Costa Rica", el cual pretende realizar una breve reseña histórica del tema de la discapacidad y sus inicios; seguidamente se indicará sobre la situación actual de la discapacidad en Costa Rica. Por último y no menos importante se desarrollara en tema "De la Curatela a la Toma de Decisión Asistida" en el cual se pretende hacer referencia al proceso jurisdiccional que se tramitaba en los Juzgados de Familia y que estuvo vigente antes de la promulgación de la Ley de la Autonomía Personal N°9379", en el cual a una persona con discapacidad se le declaraba "insano" y se le nombraba un curador, para realizar un breve contraste con el nuevo proceso de Salvaguardia establecido en la Ley sujeta a la presente investigación.

A) Antecedentes sobre el Tratamiento de la Discapacidad en Costa Rica.

La fundación del Centro Nacional Fernando Centeno Guell en el año 1940, la apertura de servicios de educación especial y de rehabilitación a finales de los años sesenta del siglo anterior, la creación del Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial en 1973 y la promulgación de políticas y normativa en protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas con discapacidad, fueron los primeros pasos e indicadores de la época, que evidenciaron que el tema de la discapacidad en Costa Rica poco a poco se lograba posicionar como un tema de interés en las agendas del Gobierno, con el objetivo de desarrollar políticas institucionales que favorecieran a la población con discapacidad.

Como se mencionó en el párrafo anterior, fue a partir de los años cuarenta en nuestro país que se ha creado legislación y disposiciones reglamentarias en materia de discapacidad, la cual pretende responder a los

modelos de discapacidad vigentes de la época, que tiene como propósito reforzar la equiparación de derechos y oportunidades de la población con discapacidad.

Se puede entonces afirmar que los antecedentes se remontan a la creación del Centro Nacional de Educación Especial Fernando Centeno Güell, mediante Decreto Ejecutivo del 23 de junio de 1940 y once meses después se crea el Departamento de Ciegos y Deficientes Visuales que al inicio recibió el nombre de Sección de Ciegos y Ambliopes Profundos. (Asamblea Legislativa, expediente 17 305, Gaceta número 123 del 26 de junio del 2009, informe jurídico. pág. 9).

Posteriormente, en la década de 1954, como producto de la epidemia de polio que afectó a nuestro país, se marca el inicio de la rehabilitación física. De la mano del Dr. Humberto Araya Rojas y muchos otros colaboradores, se instala la Casa Verde, misma que sirve de antecedente a la fundación del Centro Nacional de Rehabilitación en 1976. (MARÍN ARIAS, GABRIELA.2004, p.13) Alumnos con necesidades educativas especiales. 1 ed. San José, C.R.: EUNED.

El 30 de octubre de 1957 se aprueba la Ley del Patronato Nacional de Ciegos", N° 2171 del 30 de octubre de 1957, la cual protegió a las personas invidentes o con deficiencias visuales, cuya finalidad será la de brindar protección a todas las personas ciegas y coordinar la acción de todos aquellos organismos o asociaciones que tengan relación con los problemas de las personas no videntes.

Según lo dicho por Agüero y Umanzor, en el año de 1973, se da un salto cualitativo en materia de discapacidad ya que por ley 5347, se creó el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, el cual se convirtió en aquel momento, en el órgano rector en esta materia, encargado de orientar la política general en materia de Rehabilitación y Educación Especial en coordinación con los Ministerios de Salubridad Pública, Educación Pública, Trabajo y Seguridad Social, así como la Planificación, Promoción,

Organización, Creación y Supervisión de Programas y Servicios de Rehabilitación y Educación Especial para personas físicas o mentalmente disminuidas, en todos los sectores del país. (AGÜERO ÁLVAREZ, ALEXANDER, MONGE UMANZOR, GONZALO. Justicia pronta y cumplida. La postergación de la ley sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y el problema del transporte público. Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2008, pág. 84).

Otro aspecto importante de mencionar es con respecto al desarrollo en el ámbito científico y académico, en 1974 se da inicio a la profesionalización de las personas con discapacidad, con la apertura de Bachillerato en Educación Especial de la Universidad de Costa Rica y paulatinamente con otras disciplinas especialmente de las ciencias sociales. Esto denota que la sociedad costarricense muestra cada vez mayor interés por formar profesionales que puedan producir transformaciones y dar un giro a todos esos procesos de exclusión y discriminación que durante mucho tiempo han dominado en nuestra sociedad.

En el año de 1978, se crea el reglamento del Registro Nacional de Minusválidos, posteriormente, a través de diferentes decretos, los distintos gobiernos establecieron políticas referentes a regular el tema de la discapacidad; por ejemplo, mediante el Decreto número 19.101.-S-MEP-TSS del 12 de julio de 1989, en el cual se declara materia de interés público la prevención de la deficiencia y discapacidad física y mental, y se establecen las Políticas Nacionales de Prevención de la Deficiencia, la Discapacidad y de Rehabilitación Integral, y entre otros el Decreto número 20.453- 85 RE del 09 de mayo de 1991, el cual ratifica el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Rehabilitación Profesional y Empleo de Minusválido. (Agüero y Monge (2008, p.85)

Uno de los acontecimientos más significativos de la época en materia de discapacidad lo constituye la creación de la Ley de Igualdad de Oportunidades

para las Personas con Discapacidad en el año 1996. Con la promulgación de esta ley, se le reconoce a la población con discapacidad de nuestro país, una gama de derechos por los que habían venido luchando desde décadas atrás, dicha Ley será desarrollada más ampliamente en el capítulo siguiente.

Ahora bien de lo investigado como antecedentes de la discapacidad en Costa Rica, podemos llegar a concluir que los primeros pasos del tratamiento de la discapacidad responde más a un modelo rehabilitador que al modelo social, claramente el objetivo era crear centros para el abordaje de la discapacidad en los cuales se brindará un tratamiento al "padecimiento" sufrido, con el objetivo de corregirlos; visto desde una perspectiva crítica este modelo continúa propiciando de alguna forma una segregación, ya que a la población con discapacidad se separa del resto de la población, nótese por ejemplo que si bien la Ley 7600 reconoce una serie de derechos, responde básicamente a aspectos de infraestructura y acceso a lugares públicos, no se evidencia mayormente el modelo social o modelo de derechos humanos en el cual se aboga por la protección de derechos como el de vida independiente, accesibilidad universal, no discriminación, autonomía personal de la persona con discapacidad entre otros.

B) La discapacidad en Costa Rica: Situación Actual y Perspectivas.

Es necesario indicar que en la actualidad el enfoque y visión sobre la discapacidad ha venido sufriendo transformaciones en el Estado Costarricense, dejando de lado aquel modelo asistencialista-rehabilitador hacia un modelo social-integral, el cual tiene como fin la protección y promoción de los derechos humanos y la inclusión a la sociedad de las personas con discapacidad.

Para la protección de estos derechos, ha sido trascendental que el colectivo se torne más inclusivo, que se logre la concientización de la población para comprender que en una sociedad se da la convergencia de diferentes grupos sociales y que es necesario que se atiendan las necesidades y limitaciones de las personas con discapacidad, por ser este uno de los grupos

más vulnerados dentro

Ahora bien, se puede decir que el verdadero proceso de reestructuración que inicia el Estado Costarricense es a partir de la promulgación de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, la conocida Ley N°7600 del 29 de mayo de 1996. Esta Ley marcó un antes y un después, ya que la ley declara de interés público el desarrollo integral de la población con discapacidad y señala la obligación de trato en iguales condiciones de calidad, oportunidad, derechos y deberes hacia este grupo social. En este mismo sentido se crea el decreto de la ley, decreto N°26831-MP de 1998, en su articulado se observa el establecimiento de normas de procedimiento que son de acatamiento obligatorio para todas las instituciones públicas, privadas y gobiernos locales, los cuales, sin duda alguna, son los responsables de garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos y deberes en igualdad de condiciones, de la lectura de las disposiciones se observa que se basan en principios de equiparación de oportunidades, accesibilidad, participación y de no discriminación.

Sin embargo, pese a su entrada en vigencia, esta normativa se ha caracterizado, lamentablemente, porque se han violentado los plazos para la adaptación de servicios públicos orientados hacia la satisfacción de las demandas de la población con discapacidad.

Aunado a lo anterior, la situación actual de la discapacidad en Costa Rica y su notorio avance, obedece a la influencia que han tenido los derechos humanos, es por ello que fue muy significativo en hecho que el Estado Costarricense aprobará el 08 de junio de 199 la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y que mediante Ley N°8661 del 29 de setiembre del 2008 aprobará la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que estos instrumentos internacionales tienen como propósito 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 respecto de su dignidad inherente, es así como estos instrumentos son la inspiración de normativa interna y políticas institucionales de protección a la persona con discapacidad.

Otro aspecto necesario acotar es que las acciones realizadas por las instituciones estatales, fueron orientadas en su momento por el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, este Consejo en la actualidad se convirtió en el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (en adelante CONAPDIS), ya que precisamente mediante la Ley N°9303, que rige desde el 26 de junio de 2015, se crea el Conapdis y es en esta ley que se define sus fines y funciones, con base en un paradigma de derechos humanos, esta institución va hacer por excelencia el rector en el ámbito de la discapacidad. Uno de los pilares fundamentales de esta normativa es la exigibilidad de derechos, ya que la ley le da legitimidad al Conapdis y señala que los criterios que emita esta institución serán vinculantes para los sujetos a su control y fiscalización.

Para concluir mencionando la situación actual del Estado Costarricense, en ocasión de la mención de sus avances normativos, podríamos mencionar la creación de la Ley N°9379 y su reglamento, promulgada el 16 de agosto del año 2016, y denominada “Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad”, ley que precisamente es la que se desarrolla en esta Investigación. Esta normativa es el cuerpo legal de más reciente creación, y busca promover y asegurar, a las personas con discapacidad el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su “Autonomía Personal”, de suma importancia la incorporación de este último concepto, ya que precisamente esta definición resulta novedosa, pues se protege el derecho de todas las personas con discapacidad a construir su propio proyecto de vida, de manera independiente, controlando, afrontando y ejecutando sus propias decisiones en los ámbitos público y privado.

Para lograr este objetivo se instaura la figura del garante para la igualdad

jurídica de las personas con discapacidad, y la figura del del asistente personal humana para potencializar su autonomía, dejando atrás el anterior paradigma de la “Curatela”, proceso por el cual una persona con discapacidad era declarado en estado de “interdicción” o “insania” lo que representaba básicamente una muerte civil, ya que a la persona con discapacidad no se le reconocía su personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de actuar, no tenía su legítimo ejercicio de sus derechos, era invisibilizado y sustituido por un “curador”, persona que tomaba las decisiones sobre la persona con discapacidad sin considerar su autonomía personal, más adelante se desarrollará más ampliamente este cambio de paradigma.

Es válido decir entonces concluir que la Ley N°7600, el censo nacional del año 2000, en la formulación de estrategias de múltiples instituciones del Estado mediante comisiones interinstitucionales y normas dictadas para la incorporación del tema en la formulación de los presupuestos públicos, además de los de planes Nacionales de Desarrollo a partir de 1994, los presupuestos municipales mediante la creación de rubros para la adecuación de infraestructura a partir del 2000, la ratificación de instrumentos internacionales, la creación del CONAPDIS, la creación de la “Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad”, son indicadores de la reivindicación del estatus de ciudadanía de las personas con discapacidad y una transformación del aparato estatal, hacia el reconocimiento de los derechos de la persona con discapacidad.

Ahora bien, dicho lo anterior, es necesario ser críticos desde un enfoque socio jurídico y analizar la verdadera situación de las personas con discapacidad respecto del reconocimiento de sus derechos.

Según el último censo de Población (2011), en Costa Rica las personas con discapacidad conforman el 10,5% de la población. Al menos el 30% presenta una necesidad básica insatisfecha. Por ejemplo, el 43% de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad no cuentan con acceso a albergue

digno, a una vida saludable, al conocimiento y acceso a otros bienes y servicios. La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible han incorporado a las personas con discapacidad y señalan la hoja de ruta para garantizar educación inclusiva, empleo decente, ciudades accesibles, la recopilación de evidencia cualitativa y cuantitativa, el empoderamiento de las personas con discapacidad y sus organizaciones, entre otros aspectos.

Señala Alice Shackelford, Coordinadora Residente del Sistema de la Organización de las Naciones Unidas en Costa Rica, en entrevista para el diario elmundo.cr:

“Las personas con discapacidad enfrentan obstáculos diarios en cuanto al acceso a servicios básicos, lo que disminuye sus oportunidades de desarrollo. Es urgente que los diferentes sectores sociales trabajemos para eliminar los obstáculos, solo habrá justicia social cuando tengamos sociedades verdaderamente inclusivas”. (<https://www.elmundo.cr/costa-rica-personas-discapacitadas-conforman-105-la-poblacion>)

La realidad en Costa Rica es que la tasa de pobreza absoluta entre las personas con discapacidad es alrededor de 31.5% (ENAH0, 2010) alrededor de diez puntos más que la tasa de pobreza a nivel nacional. El desempleo también golpea fuertemente a las personas con discapacidad ya que cerca del 63.7 % se encuentra inactiva laboralmente, cifra que asciende a 78% en el caso de las mujeres con discapacidad.

A nivel de salud, el país también tiene grandes deudas con la población con discapacidad. Un estudio realizado por CENARE (2005) reveló que el 88% de las mujeres con discapacidad nunca se han realizado un papanicolau y el restante 12 % lo hizo antes de adquirir la deficiencia.

Pocas mujeres acuden a los servicios de salud debido a la inaccesibilidad de la infraestructura o de la información y actitudes negativas de parte de funcionarios encargados de brindar el servicio. Por lo que se debe instar a trabajar por eliminar la ignorancia, el estigma, la discriminación y los obstáculos que impiden a las personas con discapacidad un pleno desarrollo.

Como hemos observado Costa Rica posee una abundante cantidad de normas que regulan y tutelan la situación laboral de las personas con discapacidad, producto de la evolución del ordenamiento jurídico nacional y de la firma y ratificación de tratados internacionales. No obstante, a pesar de este contexto, existe una brecha creciente entre la cantidad de personas con discapacidad que tienen aspiraciones de incorporarse al mundo del trabajo y quienes realmente lo logran.

En 2014, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) publicó un estado de situación sobre la promoción del empleo en Iberoamérica. En el caso de Costa Rica, se indicó que, de acuerdo con datos extraídos del Censo Nacional del 2011, solo el 23 % de las personas con discapacidad de entre 15 y 60 años de edad está ocupada (OISS:159). Además, la mayoría de estas personas se emplean más en el sector privado (42 %) que en el sector público (15 %). La normativa en Costa Rica atiende aspectos específicos de la situación laboral de las personas con discapacidad, pero no existe un abordaje integral de la misma. Existen medidas afirmativas importantes, tales como la Ley 8862 Inclusión y Protección Laboral para Personas con Discapacidad en el Sector Público o la Ley 7092 que regula el incentivo que se le brinda a los empleadores que contratan a personas con discapacidad. Sin embargo, es muy poco lo que estas políticas públicas logran en relación con la cantidad de personas con discapacidad, en edad productiva, que se encuentran desempleadas.

Por otro lado, la ausencia de un abordaje integral tampoco permite resolver las formas de discriminación y exclusión laboral que se dan en contra de las

personas con discapacidad. Esta realidad es mucho mayor en el caso de las mujeres con discapacidad.

Esta situación revela importantes retos que la sociedad costarricense debe plantearse, para procurar que la tutela de los derechos humanos de personas con discapacidad tenga un mayor impacto y goce de una mayor efectividad. Por ejemplo, se estima conveniente hacer un esfuerzo articulado entre políticas educativas y laborales para personas con discapacidad. Las posibilidades de ocupación laboral están estrechamente vinculadas con una mayor cantidad de personas con discapacidad logrando superar el tercer año de la educación secundaria, su preparación en carreras técnicas de corta duración y su ingreso a la educación superior.

En el momento actual, es de suma importancia procurar el acceso real al mundo de oportunidades que brindan instituciones como el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) o las universidades públicas, para educar y formar más cuadros técnicos y profesionales de personas con discapacidad. También resulta necesario la eliminación de formas de discriminación hacia este colectivo deben ser abordadas integralmente desde el proyecto de ley de empleo público. De particular importancia merece que este proyecto esté atravesando por un enfoque de género y que esté en consonancia con lo establecido en la Ley 7600 Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, en la Ley 8861 Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Ley 9379 Promoción de la Autonomía Personal de Personas con Discapacidad.

En el ámbito universitario, también se han adoptado medidas afirmativas, para procurar la inclusión efectiva y real de personas con discapacidad. Hasta hace algunos años existían políticas universitarias relacionadas con las denominadas adecuaciones curriculares, como parte de las políticas de admisión a la educación superior o en la realización de actividades de evaluación curricular. En los últimos años, la Universidad de Costa Rica ha avanzado en otras áreas, siendo pionera en varios campos. Estas incluyen el

Programa Institucional de Inclusión de Personas con Discapacidad Cognitiva a la Educación Superior (Proin) -orientado a personas jóvenes con discapacidad intelectual-, así como programas de alfabetización digital y, más recientemente, la promoción del empleo de personas con discapacidad en la estructura laboral universitaria.

Disponible en ([https://semanariouniversidad.com/suplementos/derribando-barreras-situacion-de-empleo-y-trabajo-de-las-personas-con-discapacidad.](https://semanariouniversidad.com/suplementos/derribando-barreras-situacion-de-empleo-y-trabajo-de-las-personas-con-discapacidad))

Es importante analizar luego de todo lo anteriormente mencionado, que Costa Rica adquirió un compromiso muy importante al ratificar Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento por excelencia en materia de protección de derechos de este sector de la población, sin embargo, logramos observar que existen dificultades que afectan el grado de cumplimiento de lo ahí establecido, podríamos concluir que las más importantes dificultades que afectan el grado de cumplimiento de la Convención y demás derechos de las personas con discapacidad son a nuestro parecer:

1) La falta de voluntad política de algunos jefes de estado para cumplir con lo establecido en las políticas públicas y en la legislación, por ejemplo, incumplimiento del Ministerio de Obras Públicas y Transportes en la exigibilidad de la norma que establece la accesibilidad al 100 % de la flota nacional de autobuses.

2) Falta de mayor cantidad de recursos humanos y financieros destinados al sector discapacidad.

3) Insuficiente información y conciencia de la sociedad en cuanto a derechos y necesidades de las personas con discapacidad.

4) Ausencia de alianzas estratégicas con sectores cuyo ámbito de acción está relacionado con otras poblaciones consideradas igualmente vulnerables (mujeres, niñez y adolescencia, adultos mayores, pueblos indígenas, afro-costarricenses y migrantes).

5) Falta de conciencia de las organizaciones de derechos humanos sobre la situación de exclusión de las personas con discapacidad.

6) Débil articulación de una plataforma política común del movimiento de personas con discapacidad.

7) Falta de conocimiento por parte de las personas con discapacidad, sus familias y organizaciones; de los derechos fundamentales que les protegen y que se encuentran contenidos en la Convención. Este desconocimiento repercute directamente sobre la fiscalización que dicho colectivo debe ejercer sobre el Estado Costarricense a fin de que se hagan efectivos los deberes que este Instrumento implica.

Lo anterior ya han sido conclusiones a las que ha llegado el Consejo de Derechos Humanos mediante informes sobre el Estado costarricense en cuanto a los derechos humanos de las personas con discapacidad, y que sin lugar a dudas nos coloca en una posición de reflexión de cara con la verdadera tutela efectiva de los derechos de este sector vulnerable. (Recuperado de https://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/costarica_2009.)

El Estado Costarricense ha considerado que con el fin de ofrecer una herramienta actual que oriente, articule e incida en la gestión de políticas públicas inclusivas y el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad, se presentó la actualización de la Política Nacional en Discapacidad (PONADIS).

El propósito de la política es que se eliminen de manera solidaria y sistemática, todas las formas de discriminación y exclusión en contra de estas personas.

La PONADIS fue diseñada por el Consejo de Personas con Discapacidad (CONAPDIS); y se caracterizó por un amplio proceso de consulta, en el cual participaron personas con discapacidad y sus organizaciones, quienes identificaron, priorizaron sus necesidades y diseñaron propuestas de acciones afirmativas dirigidas a las entidades públicas, quienes asumieron los compromisos estratégicos planteados por las personas con discapacidad y el CONAPDIS, a través de sus personas funcionarias y autoridades.

La Política Nacional en Discapacidad (PONADIS), pues “es el reflejo de un enorme trabajo que se ha realizado hasta ahora, en materia de DDHH de las personas con discapacidad. Mediante esta política, el Estado se ha comprometido a cumplir los lineamientos universales para la inclusión social de las personas con discapacidad, enfatizando en su inclusión económica en la sociedad costarricense.

Por otra parte, le corresponde educar e informar a la sociedad costarricense sobre el tema, para ello, trabaja arduamente en capacitar sobre discapacidad a toda la sociedad, especialmente a quienes les corresponde tomar decisiones políticas, es decir; decisiones orientadas al logro del bien común y en especial de la población con discapacidad. Para esto capacita e incide en la mayor cantidad de actores posibles del escenario político nacional, por lo que necesita estar en un proceso constante de modernización para llevar la vanguardia en el tema.

C) De la Curatela al Sistema de Apoyos.

En el presente acápite se analizará la institución de la Curatela, institución jurídica que estuvo vigente en el ordenamiento jurídico costarricense, para la supuesta protección de los mayores de edad que presentaban una discapacidad intelectual, mental, sensorial o física que les impida atender sus propios intereses, en yuxtaposición con el nuevo paradigma social de la discapacidad mediante la incorporación del modelo de la toma de decisiones asistida como una efectiva opción de sustitución de la curatela, evidenciando que el modelo actual es un paradigma de abordaje de la Discapacidad a partir de los Derechos Humanos. Es por ello que es necesario que el lector comprenda los aspectos generales de la curatela, sus aspectos de forma y fondo y cómo fue su desarrollo jurídico, para que sea posible notar los cambios

con la instauración del nuevo paradigma que proclama la Ley de Autonomía para la Persona con Discapacidad.

Aspectos Generales de la Curatela en Costa Rica.

La curatela es la institución jurídica, que en nuestro país se encontró vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, se encontraba regulada en el Código de Familia, de acuerdo con el numeral 230 del mismo cuerpo legal, para ser aplicada a las personas físicas mayores de edad con Discapacidad mental, psicológica, sensorial o física, las cuales, para ley, por motivo de su condición no pueden atender sus propios intereses personales y patrimoniales, como lo son administrar sus bienes, contraer obligaciones, hacerse merecedor derechos económicos, políticos, civiles, familiares, entre otros, así como la posibilidad de ejercitarlos; por consiguiente, implica esta figura que la voluntad del sujeto sometido a curatela sea sustituida por la de quien lo representa. La curatela declaraba “insana” a una persona con Discapacidad.

A nivel doctrinal, la curatela ha sido caracterizada de la siguiente forma:

“Es la curatela cierto régimen jurídico correspondiente a los mayores que se hallan en estado de incapacidad mental o física para el gobierno de su persona y bienes” Trejos (1977, pp.170-1979)

“La curatela tiene una función circunscrita al campo de las relaciones patrimoniales...” (ROTONDI (Mario). Instituciones de Derecho Privado, España, Editorial Labor, Primera Edición, 1953, p.595. Citado por ROMERO CALDERON (Germán). LA CURATELA EN EL DERECHO DE FAMILIA. Tesis de Grado para optar al Título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa

Rica. Facultad de Derecho. 1983. p.38. 172).

Podemos decir entonces que a través de la Curatela se le confiere representante a una persona mayor de edad que carezca de capacidad volitiva o cognoscitiva para atender sus propios asuntos.

El principio general que ha operado en esta materia es que la capacidad mental se presume, de acuerdo lo dispone el Código Civil:

“ARTÍCULO 36.- La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal; en las personas jurídicas, por la ley que las regula.

ARTÍCULO 628.- La capacidad para obligarse se presume siempre, mientras no se prueben los hechos o circunstancias por los cuales niegue la ley esa capacidad.”

Podríamos señalar que de los artículos anteriores se desprende que en todo acto jurídico se presume la habilidad o aptitud del sujeto que lo realiza, así como su capacidad para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias. Sin embargo, en ocasiones sucede que una persona puede tener disminuida o nula su capacidad volitiva o cognoscitiva, sea por un problema de índole mental o por uno de orden físico, los cuales pueden afectar su voluntad y por ende las manifestaciones que pueda realizar, es por tal razón que el Código Civil dispone:

“ARTÍCULO 41.- Los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva y cognoscitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos.”

Cuando se hace referencia a alguien que está incapacitado para atender sus propios asuntos, se alude no solo a quien jurídicamente se presume en un estado de demencia, sino a cualquiera que sufra, en forma transitoria o permanente de alguna alteración física o psíquica que le impida entender en forma idónea lo que está realizando.

La Sala Constitucional, ha dado soporte y respaldado a la curatela desde la Constitución Política, y así lo prueban algunos extractos de sus resoluciones: *“La curatela tiene su fundamento en el artículo 51 de la Constitución Política que consagra la protección de la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, así como la protección de la madre, el niño, el anciano y el “enfermo desvalido”. El espíritu de esas disposiciones es procurar la protección de la persona mayor que no puede valerse por sí misma...”* (Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Resolución N 11516 del veintiuno de diciembre del dos mil). En otro voto La Sala Constitucional dispuso *“...la curatela es una protección especial que el ordenamiento les confiere a los inhábiles por no tener plena capacidad jurídica ni de actuar”* la curatela es *“...el proceso tiende a intervenir los derechos civiles del insano, a fin de que los haga valer ya no él, sino el representante que se nombre en sede jurisdiccional”* (Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Resolución N 5551 del once de octubre de mil novecientos noventa y cinco).

También el Tribunal de Familia resolvió al respecto en la sentencia N°592, de las 10:45 horas del 10/5/2006, lo siguiente:

“La figura del curador, busca precisamente proveer al insano de un representante legal no solo para la administración de sus bienes sino para el cuidado integral del insano.”

Ahora bien, el proceso por el cual se nombraba a un curador se

denominaba proceso de declaratoria de insania, el cual se encontraba previsto en el Código Procesal Civil, como uno de los procesos conocidos como asuntos de actividad judicial no contencioso; es decir, era un proceso en el cual técnicamente no existía intereses opuestos entre las partes que participan en este.

Por otro lado, el proceso de declaratoria de interdicción esta previsto en el artículo 420 del Código Procesal Civil como un proceso abreviado; es decir es un proceso donde si existen intereses opuestos entre las partes que participan en este.

La jurisprudencia ha establecido la diferencia entre la declaratoria de interdicción y la de insania, siendo la primera necesaria cuando hay oposición de partes y la segunda cuando no lo hay, en todo caso le correspondía a los Juzgados de Familia pronunciarse respecto de la interdicción o insania.

Con la anterior legislación, para que el juez o jueza de familia procediera con la curatela era necesario realizar antes el proceso de insania, también llamado proceso de interdicción, el cual se hacía para verificar judicialmente el estado mental y de proceder, declarar la incapacidad civil o bien para reafirmar la plena capacidad del presunto "insano"; además según este proceso se pretendía proteger a la persona y sus bienes y esclarecer su aptitud del presunto insano para dirigir sus acciones, tomando en cuenta que todo lo referente a la capacidad y al estado de las personas es una cuestión de orden público que priva sobre el interés privado.

Con respecto al trámite que se realizaba ante la administración de justicia, era necesario que desde el escrito inicial debía de indicársele a la persona juzgadora si el presunto insano tenía bienes o no, además debía adjuntarse un dictamen médico en el que indicará el diagnóstico sobre de la falta de capacidad cognoscitiva o volitiva. Durante la tramitación del proceso el

insano era representado por un curador designado por la persona juzgadora, ya que el curador definitivo se nombraba con el dictado de la sentencia. Dentro de los requerimientos era necesario solicitar al Departamento de Medicina Legal del Organismos de Investigación Judicial que examinará al presunto insano y emitir un dictamen en el cual se debía de definir el carácter propio de la enfermedad, los cambios que puedan darse mientras dura la enfermedad, si esta tiene cura o no, la forma en que la enfermedad afecta a la persona con discapacidad, su comportamiento social y la administración de sus bienes y el tratamiento idóneo en caso de existir.

Al finalizar el proceso el o la jueza decide si declara o no al presunto insano en estado de incapacidad, de hacerlo el juez en sentencia debía designar al curador correspondiente, disponía del cese de la administración provisional, la cual pasaba a manos del curador una vez que este aceptaba el cargo. La declaratoria de insania se debía publicar en el diario la Gaceta y anotarse en el Registro Público.

El artículo 231 del Código de Familia, actualmente derogado, se encargaba de definir quiénes podían pedir la declaratoria de “incapacidad”, a saber, el cónyuge, los parientes que tendrían derecho a la sucesión intestada (regulados en el artículo 572 del Código Civil) y anteriormente la Procuraduría General de la República, lo cual fue derogado con el Código Procesal Contencioso Administrativo.

Con respecto al proceso de la Curatela que estuvo vigente durante un largo periodo hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N°9379, podemos mencionar varios aspectos que son trascendentales; uno de ellos es que nuestra Constitución Política aún se encuentra revestida del modelo tradicional y médico-rehabilitador de la discapacidad, nótese que al referirse a una persona con discapacidad la Constitución se refiere al “enfermo desvalido”, siendo esta una forma peyorativa y estigmatizada de referirse a las personas que

pertenece a este sector constantemente vulnerado, lo que nos llama la atención a que ya es hora de dejar la utilización de estos conceptos que resultan discriminatorios. Además, nótese que la jurisprudencia citada de la Sala Constitucional se refiere a que la Curatela se da en una esfera de protección de la que habla el artículo 51, sin embargo, consideramos que no es así, vemos como de los conceptos normativos, doctrinales y jurisprudenciales de la curatela, refuerzan lo sucedido en la práctica, sea, que la curatela es utilizada solo en el ámbito meramente patrimonial, indiferente ante las diversas situaciones de la vida de la persona que es sustituida, y que evidencia un interés única y exclusivamente económico y de protección del acervo de la presunta persona “insana”.

Otro aspecto es que ésta es la institución jurídica utilizada para declarar judicialmente a un sujeto con Discapacidad como “inhábil, incapaz o insano”, trae como consecuencia la nulidad absoluta de todos los actos o contratos celebrados por el mismo, por consiguiente, un individuo sujeto a curatela no cuenta con capacidad de actuar, por lo que sus actos o contratos llevados a cabo sin dicha declaración judicial de por medio, estarán sujetos a las reglas de la nulidad relativa o anulabilidad.

Además de lo anterior, el proceso de la Curatela tiene un contenido meramente médico que observa la discapacidad como una enfermedad, cuando ya se ha dicho que la discapacidad es el resultado de la interacción de la persona y sus condiciones con el entorno, un vestigio más de la curatela romana, lo que resultó ser algo muy gravoso, ya que en la época romana no existían los Derechos Humanos, sin embargo, no existe excusa atendible que en el siglo XXI se continuará con la violación de derechos humanos y se avalara la muerte civil de las personas con discapacidad.

Otro aspecto muy criticable respecto de dicho proceso lo fue que el juez podía o no entrevistar al presunto insano, ya sea en su despacho o en el lugar

que se encuentre; entendiéndose que no era una obligación del juez o jueza que conoce del asunto, entrevistarse con la persona a la que se pretende declarar como, siendo posible que la persona juzgadora declare a una persona en estado de interdicción sin ni siquiera haberle conocido de manera personal, sino únicamente con prueba documental que conste en el expediente, lo que lleva a pensar que dicho proceso nunca tuvo como priorización el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, todo lo contrario constituyó la Curatela un proceso que sin duda alguna violentó derechos fundamentales.

Sobre el Sistema de Apoyos en el nuevo proceso de Salvaguardia.

Una vez analizada la Curatela, la cual quedó sin aplicación con la entrada en vigencia de la Ley para la Promoción de Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, se logra llegar a la conclusión irrefutable que dicha institución jurídica en definitiva no correspondía al Modelo Social o de Derechos Humanos de la Discapacidad, ya que la Curatela representaba una negación del derecho de las personas con discapacidad a construir su propio proyecto de vida; de manera independiente y de tener autodeterminación. De esta manera, la figura del curador sustituía la voluntad de la persona con discapacidad, no se trataba entonces de un apoyo en la toma de decisiones.

Esta concepción queda atrás con el cambio de paradigma que nos propone la Ley N°9379, ya que esta nueva ley tiene como objetivo promover y asegurar a las personas con discapacidad el ejercicio pleno del derecho a su autonomía, esto quiere decir que la persona con discapacidad asume el control de su propio proyecto de vida y toman sus propias decisiones sin importar el grado de discapacidad, lo que no excluye que para lograr esta autonomía requiera el uso de productos y servicios de apoyo, de la asistencia personal o de la figura del garante para su igualdad jurídica, pero la persona que brinda este apoyo, no es quien va a tomar la autodeterminación de la persona con discapacidad y tomar decisiones sobre ella, todo lo contrario este sistema de

apoyos, propone que el garante o asistente personal, figuras que desarrollaremos más adelante, aseguren a la persona con discapacidad el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica y le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones, en el caso del garante; con respecto al asistente personal brinda a la persona con discapacidad servicios de apoyo en la realización de las actividades diarias, a cambio de una remuneración económica.

Estas dos figuras tienen algo en común, representan una asistencia para la persona con discapacidad, el garante va a potencializar que sea la persona con discapacidad quien toma sus decisiones y de ninguna la suplantarán o la sustituirán.

Desarrollando un poco más lo referente al Sistema de Apoyos se puede deducir de la interpretación sistemática y funcional de los artículos 1 y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se deriva el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley y la obligación del Estado para adoptar las medidas pertinentes para que puedan ejercer plenamente su capacidad jurídica. En ese contexto, en el sistema de apoyo en la toma de decisiones basado en un enfoque de derechos humanos, propio del modelo social, la toma de decisiones asistidas se traduce en que la persona con discapacidad no debe ser privada de su capacidad de ejercicio por otra persona que sustituya su voluntad, sino que simplemente es asistida para adoptar decisiones en diversos ámbitos, como cualquier otra persona, pues este modelo contempla en todo momento la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, sin restringir su facultad de adoptar decisiones legales por sí mismas, pero, en determinados casos, se le puede asistir para adoptar sus propias decisiones legales dotándole para ello de los apoyos y las salvaguardias necesarias, para que de esta manera se respeten los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

En el Sistema de Apoyos una discapacidad cognoscitiva deja de ser solo un problema del paciente, para socializarse, para convertirse en un problema de la comunidad. La comunidad debe salir al encuentro de las personas más vulneradas, no para sustituir su personalidad, sino para fortalecer sus potencialidades. Lejos de ser aislado, debe ser incorporado hasta donde sea posible en la trama social, dándose la inclusión. En este caso, la sociedad debe remover sus propios prejuicios, sabiendo que, en última instancia, todos somos parte de la familia humana y el padecimiento de uno es padecimiento de todos (principio de solidaridad). Paralelamente, se llama a un mayor protagonismo de la sociedad civil en materia de sostenimiento de la vulnerabilidad (principio de subsidiariedad).

Las medidas de apoyo, a diferencia de los mecanismos de sustitución, no deben contemplarse como medidas restrictivas sino como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad que tratan de potenciar al máximo las posibilidades de ejercicio de los derechos. La función de apoyo ya sea formal o informal, debe consistir en asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en diferentes modos y maneras respetando siempre su voluntad y sus preferencias. (Cuenca. 2012.p.10)

Para la jurista Argentina Aida Kemelmajer de Carlucci el Sistema de Apoyos es entendido de la siguiente manera:

La denominación apoyos constituye un término general que el Código ha procurado delimitar. En este sentido, el art. 43 asume la definición de las medidas de apoyo. Como se ha afirmado, 'el elemento que define o caracteriza el modelo de apoyo es justamente la voluntad decisoria del sujeto que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de representación por sustitución, sigue en cabeza de la propia persona con discapacidad'. En otras palabras, el modelo de apoyos tiene como objetivo asegurar que sea siempre la persona con discapacidad quien

decida. Se trata de un sistema que exige una construcción individual, particular, acorde a la condición personal/contextual del protagonista, una construcción artesanal en que deben ensamblar adecuadamente el régimen de restricciones establecido y las funciones encomendadas a las figuras de apoyo, siempre bajo la perspectiva del acompañamiento, el favorecimiento de la comunicación, la autonomía y no la sustitución de voluntad. Kemelmajer, A. Fernández, S.E., Herrera, M, (2015).

Desarrollado en tema del sistema de apoyos, podemos decir que lo que requiere de especial relevancia, respecto del impacto que pueda tener éste en materia de discapacidad, es comprender que las Personas con Discapacidad, tienen el derecho de contar con los medios para responsabilizarse de sus propias vidas y acciones, pues al igual que sus semejantes sin Discapacidad, han de enfrentarse a problemas familiares, sociales, económicos y políticos, por lo tanto no se debe porque privar de este derecho a un grupo de personas solo en razón de su Discapacidad, simplemente porque en el marco de los paradigmas médico y tradicional, no se les ha considerado en realidad sujetos de derechos.

CAPÍTULO SEGUNDO: FUENTES NORMATIVAS VIGENTES SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD EN COSTA RICA.

SECCIÓN I: Marco Jurídico Interno.

Como se ha venido expresando en este trabajo, el modelo social de la discapacidad se presenta como nuevo paradigma del tratamiento actual de la discapacidad, con un desarrollo teórico y normativo; considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales. Desde esta nueva perspectiva, se pone énfasis en que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en iguales circunstancias que las demás, pero siempre desde la valoración a la inclusión y el respeto a lo diverso.

Este modelo se relaciona con los valores esenciales que fundamentan los derechos humanos, como la dignidad humana, la libertad personal y la igualdad, que propician la disminución de barreras y dan lugar a la inclusión social, que pone como base, principios como autonomía personal, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros. La premisa es que la discapacidad no es una deficiencia, constituye una construcción social que crea la misma sociedad, que limita e impide que las personas con discapacidad se incluyan, decidan o diseñen con autonomía su propio plan de vida en igualdad de oportunidades.

Un marco jurídico es aquel que toma forma cuando una situación amerita al ámbito legal para su resolución, en este no están presentes todas las leyes, pero si están las necesarias para ser aplicadas a la resolución del problema que al respecto se presenten. En el caso de nuestro país se hace una recopilación de los institutos legales que regulan y norman de una manera u otra el marco jurídico interno en relación con la protección de los sujetos discapacitados. Se destaca en estas leyes los aspectos más relevantes y su relación con el objeto de estudio.

El propósito del siguiente apartado consiste en realizar una recopilación de los títulos, capítulos y artículos de las leyes que se anotan a continuación y hacen referencia a los aspectos que contemplan la discapacidad y la protección legal de quienes la padecen. Es necesario anotar que los términos que se

emplean en dicha normativa en relación con la incapacidad pueden haber cambiado conceptualmente su significado.

En primera instancia se ofrecen fuentes normativas vigentes sobre el tratamiento jurídico de la discapacidad en Costa Rica. Seguidamente se incluyen los proyectos de ley relacionados con la población de personas con discapacidad que están vigentes en la corriente legislativa, 2017. Finalmente se consideran los convenios Internacionales sobre Personas con Discapacidad aprobados por Costa Rica, 1949 – 2017.

En el cuadro 1, que se ofrece a continuación, se enumeran las leyes vigentes sobre el tratamiento jurídico de la discapacidad en Costa Rica.

Cuadro 1: Leyes vigentes que reconocen los derechos de las Personas con Discapacidad en Costa Rica, 1949–2017

Número de Ley	Nombre
2171	Ley del Patronato Nacional de Ciegos
3695	Crea el Patronato Nacional de Rehabilitación
7125	Pensión Vitalicia para las Personas con Parálisis Cerebral Profunda
7600	Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad

7636	Pensión para los Discapacitados con Dependientes
7814	Autorización a las Instituciones Públicas para Dar en Concesión el Servicio de Fotocopiado a las Organizaciones de Discapacitados.
8283	Ley para el Financiamiento y Desarrollo de Equipos de Apoyo para la Formación de Estudiantes con Discapacidad Matriculados en III Y IV Ciclos de la Educación Regular y de los Servicios de III Y IV Ciclos de Educación Especial.
8306	Ley para Asegurar, en los Espectáculos Públicos, Espacios Exclusivos para Personas con Discapacidad.
8444	Modificación de la Ley Reguladora de Todas las Exoneraciones Vigentes, su Derogatoria y sus Excepciones, N° 7293 (Vehículos exonerados de impuestos para personas con discapacidad).
8671	Declaración del 29 de Mayo como Día Nacional de la Persona con Discapacidad
8822	Reforma de Varios Artículos del Código Municipal, Ley N° 7794, de 30 de abril de 1998, para la Creación de las Comisiones Municipales de Discapacidad (COMAD).
8860	Identificación de Medicamentos para Personas Ciegas
8862	Inclusión y Protección Laboral de las Personas con Discapacidad en el Sector Público
9049	Reconocimiento de la Lengua de Señas Costarricense (LESCO) como Lengua Materna

9171	Creación de las Comisiones Institucionales de Accesibilidad y Discapacidad (CIAD).
9303	Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad
9379	Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad.

Fuente: Biblioteca de la Asamblea Legislativa Área de Orientación al Usuario y Gestión de Servicios Unidad de Referencia Virtual. Esteban Chaverri Valverde Encargado Unidad de Referencia Virtual. (2017)

Cuadro 2: Proyectos de ley relacionados con las PCD vigentes en la corriente legislativa, 2017

Expediente	Nombre
20360	Ley de Creación del Certificado Único de Discapacidad
20278	Implementación del Braille, LESCO y atención a discapacidades múltiples como curso obligatorio en los ciclos séptimo, octavo y noveno
20015	Aprobación del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso

19783	Ley de Creación de la Unidad Técnica Municipal de Accesibilidad y Discapacidad
19623	Ley de exoneración del pago de tarifa en transporte público modalidad autobús a las personas con discapacidad y reforma al inciso b del artículo 33 de la Ley 3503
19575	Reforma a los artículos 41 y 54 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad
19268	Reforma a varios artículos de la Ley 8444

Fuente: Biblioteca de la Asamblea Legislativa Área de Orientación al Usuario y Gestión de Servicios Unidad de Referencia Virtual. Esteban Chaverri Valverde Encargado Unidad de Referencia Virtual. (2017)

El cuadro anterior nos ofrece información valiosa sobre la intención que tienen los legisladores de complementar con nuevos estatutos las posibles deficiencias o debilidades que posee la normativa vigente. Desde luego el espíritu que se deduce de los títulos de cada uno de los expedientes es que se pretende brindar a las personas con discapacidad la mejor protección. Se espera garantizar a las personas con discapacidad, como se expresó supra, poner como fundamento, principios como la autonomía personal, la no discriminación, la accesibilidad universal, la normalización del entorno y el diálogo civil, entre otros.

Seguidamente se expone la normativa vigente a partir de nuestra Carta Magna, destacando lo más relevante de cada uno de estos institutos legales.

A) La Constitución de 1949.

La Carta Magna establece en el título V de los Derechos y Garantías

Sociales, en el Artículo 51 del Capítulo Único:

“La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.”

Podemos indicar que por un lado es de suma importancia que, desde nuestra Constitución Política, se haya establecido una protección especial a la persona con discapacidad, ya que sin lugar a dudas resulta ser un sector de la sociedad que constantemente ha sufrido vulneración y violación de sus derechos fundamentales, sin embargo, no se puede echar de ver que nuestra Carta Magna aún se encuentra revestida del modelo tradicional y médico-rehabilitador de la discapacidad, nótese que al referirse a una persona con discapacidad la Constitución se refiere al “enfermo desvalido”, siendo esta una forma peyorativa y estigmatizada de referirse a las personas que pertenecen a este sector, lo que nos llama la atención a que ya es hora de dejar la utilización de estos conceptos que resultan discriminatorios.

Además, establece nuestra Constitución la igualdad de todos y todas ante la Ley y la no discriminación, al señalar en su artículo 33 lo siguiente:

“Artículo 33: Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

B) Ley Impuesto sobre la Renta. Decreto No. 55, Aprobado el 27 de noviembre de 1952. Publicado en La Gaceta No. 300 del 31 de diciembre de 1952.

La ley No. 7293 del 31 de marzo de 1992, Ley Reguladora de Exoneraciones Vigentes, Derogatorias y excepciones, del ente emisor: Asamblea Legislativa, con vigencia desde el 3 de abril de 1992, Publicada en la Gaceta N° 66 del 3 de abril de 1992, establece, en el Inciso u, del Capítulo I, Artículo 2, de la Derogatoria Genérica de exenciones y sus excepciones que expresa:

Se exoneran del pago de tributos de vehículos automotores importados o adquiridos en el territorio nacional, destinados al uso exclusivo de personas que presenten limitaciones físicas, mentales o sensoriales severas y permanentes, las cuales les dificulten, en forma evidente y manifiesta, la movilización y, como consecuencia, el uso del transporte público.

(Así adicionado al inciso anterior al artículo 1º de la Ley 8444 del 17 de mayo de 2005. Ley N°8444. Ley reguladora de todas las exoneraciones vigentes, la cual ofrece su derogatoria y sus excepciones. Con fecha 3 de noviembre del 2018.

Al amparo de la anterior legislación las personas con discapacidad se encuentran entre las beneficiadas de las exoneraciones tributarias. Hoy pueden comprar un carro, cuyo valor no sobrepase los \$35 mil, sin pagar impuestos. Esta Normativa no es nueva, pero muchas personas desconocen que tienen acceso a este beneficio. Si se trata de menores, la exoneración sigue siendo para ellos, pero se permite que el carro temporalmente sea inscrito a nombre de sus padres o tutor.

En ese sentido, debe haber comprobantes de que el auto es para transportar al niño y que en efecto este viaja en el vehículo. Entre los requisitos para acceder a este beneficio se encuentra presentar un comprobante de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), que acredita la discapacidad.

Se debe probar que el beneficiario cuenta con limitaciones físicas, mentales o sensoriales, severas y permanentes, las cuales dificulten en forma evidente la movilización y el uso de transporte público. Actualmente, en Costa Rica, hay 3 mil personas que ya tienen este beneficio. Este se rige bajo la Ley 8.444. (<https://www.nacion.com/el-pais/carros-sin-impuesto-para-discapacitados/TGQZFHJWGFCE5INWVZHNXDNKUI/story>)

C) La Ley N° 7600 de "Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad". Fue publicado en el Diario la Gaceta No.102, del 29 de mayo de 1996.

Ley de Igualdad de Oportunidades es producto de los esfuerzos conjuntos entre organizaciones civiles para Personas con Discapacidad, así como del anteriormente conocido Concejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial. El reglamento a la ley se aprobó en el año 1998, aquí se encuentran las normas y procedimientos que toda institución pública, privada y gobierno local deben aplicar para que el funcionamiento de la sociedad se adecue a lo codificado en el estatuto.

Con la entrada en vigor de la Ley 7600 comienza un proceso de implementación de una serie de mecanismos tendientes a equiparar a la población con discapacidad en un plano de igualdad de oportunidades, en aspectos como la educación, trabajo, acceso a espacios físicos, etc., en relación con el resto de la ciudadanía. Uno de los aspectos más relevantes de la ley 7600, es el hecho de que declara de interés público el desarrollo integral de las personas con discapacidad:

"Artículo 1.-Interés público

Se declara de interés público el desarrollo integral de la población con discapacidad, en iguales condiciones de calidad, oportunidad,

derechos y deberes que el resto de los habitantes."

Por interés público en el caso de la ley 7600, podemos entender una serie de compromisos que asume el Estado en materia de discapacidad, en donde se pretende darle a la población con discapacidad asistencia institucional en las distintas áreas que regula la ley en su articulado.

En relación con los propósitos característicos de la ley, la Sala Constitucional, en sentencia N° 06732-98 de las quince horas y dieciocho minutos, del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, indicó:

La Sala entiende que esta normativa tiene sustento fundamental en los artículos 33, 50, 51 y 67 de la Constitución Política, de manera que su dictado, más que un contenido meramente programático, implica la ejecución real de principios básicos para permitir el desarrollo moral, físico, intelectual y espiritual de las personas con discapacidad. Es en realidad, la creación de un sistema de actualización y de promoción de las condiciones necesarias para que las personas con discapacidad tengan participación plena en la sociedad y por ello, el incumplimiento de sus disposiciones, implica una violación flagrante de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y por ello el amparo debe estimarse (...) todo intento por ayudar a que las personas discapacitadas puedan insertarse en la vida social del país, implica una medida que les garantice su derecho a la plena igualdad; menos es admisible que se afirme que instalar sistemas como el que se pretende es muy oneroso para la empresa televisiva, puesto que no se trata de una opción libre de aceptar por la empresa, sino de un deber que ha creado el Estado a cargo de los canales concesionarios de las frecuencias. En síntesis, estima la Sala que los deberes impuestos a las personas públicas y privadas con la Ley 7600, es un desarrollo de

principios esenciales para las personas con discapacidad y por ello se impone declarar con lugar el recurso pura y simplemente, lo que implica, en realidad, la obligación de las empresas televisivas y del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural disponer, de inmediato, de los medios técnicos y humanos necesarios para cumplir con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 7600, todo ello sin perjuicio de que eventualmente se pueda regresar a esta vía, en caso de incumplimiento de la sentencia."

La presente ley 7600, consta de 84 artículos, agrupados en cinco Títulos. Asimismo, consta de siete disposiciones transitorias.

El Título Preliminar recoge las disposiciones generales que orientan todo el texto normativo, el ámbito de aplicación, objeto y finalidad de la ley, definiciones con el propósito de la mejor comprensión de esta ley.

El Título I Ofrece las disposiciones generales y concreta el ámbito de actuación de esta ley, en relación con la garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Aborda los Principios Fundamentales y el conjunto de medidas para la igualdad de oportunidades, diferenciando medidas contra la discriminación y las medidas de promoción de la autonomía personal.

El Título II Se refiere al Acceso a la Educación. Sugiere los programas educativos, la participación de las personas discapacitadas, la adaptación y servicios de apoyo y los elementos coadyuvantes de la respuesta educativa que se les ofrezca a los discapacitados. Incluye el derecho de los padres de familia y las obligaciones del Ministerio de Educación Pública. Considera el acceso al trabajo de las personas con discapacidad, su acceso a los servicios de salud, su acceso a espacio físico y a los medios de transporte. Considera su acceso a la información, a la comunicación y a la cultura, el deporte y las actividades recreativa.

El Título III, Capítulo Único, ordena el marco normativo que garantiza las acciones que se deben tomar en cuanto a las medidas presupuestarias, la ayuda estatal y el establecimiento de las medidas para evitar la discriminación.

El Título IV, Capítulo Único, se centra en los procedimientos y sanciones. Se hace la señalización de multas a la personas física o jurídica que cometan cualquier tipo de discriminación por una discapacidad de limite la igualdad de oportunidades.

El Título V contiene las reformas del código de Comercio, de la Ley 3284 del 30 de abril de 1964 y sus reformas, en sus artículos 411,412 y 413. Igualmente hace referencia a las Reformas del Código Penal, ley 4573 del 4 de mayo de 1970 y sus reformas. Se establecen las penas a quienes infrinjan los derechos tipificados por el marco legal vigente, que procura la protección de las personas discapacitadas. Finalmente se establecen la reformas al Código de procedimientos Penales, Reformas del Código Procesal Civil, Reformas de la Ley Orgánica del Notariado, Reformas de la Ley Fundamental de Educación, Reformas de la Ley General de Salud, Reformas de la Ley de impuesto sobre la renta, Reforma de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, Reformas de la Ley de Migración,, Reformas de la Ley de Pensiones Alimentarias, Reformas del Código Civil, Reformas del Código de Familia.

Resulta de interés detallar que el Capítulo II en su artículo 3 detalla los Principios Fundamentales que la Ley plantea, a saber:

1. Servir como instrumentos a las personas discapacitadas, para que alcancen su máximo desarrollo, su plena participación social, así como el ejercicio de los derechos y deberes establecidos en nuestro sistema jurídico.
2. Garantizar la igualdad de oportunidades para la población costarricense en ámbitos como: salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes, cultura y todos los demás ámbitos establecidos,

3. Eliminar cualquier tipo de discriminación hacia las personas con discapacidad.
4. Establecer las bases jurídicas y materiales que le permitan a la sociedad costarricense adoptar medidas necesarias para la equiparación de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad.

Con respecto a esta Ley es menester mencionar que con la misma se intentó de garantizar los derechos de las Personas con Discapacidad en todos sus aspectos por ejemplo en los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, sin embargo, es notoria la injerencia del modelo o paradigma médico/rehabilitador, ya que, de forma transversal, se trata la situación de las Personas con Discapacidad, desde términos de la rehabilitación y servicios sociales, lo cual no favorece al paradigma de la Discapacidad desde los Derechos Humanos.

D) Ley N°8862 Inclusión y Protección Laboral de las Personas con Discapacidad en el Sector Público. Publicada en La Gaceta N° 219 de 11 de noviembre de 2010.

En su Artículo Único, expone:

En las ofertas de empleo público de los Poderes del Estado se reservará cuando menos un porcentaje de un cinco por ciento (5%) de las vacantes, en cada uno de los Poderes, para que sean cubiertas por personas con discapacidad siempre que exista oferta de empleo y se superen las pruebas selectivas y de idoneidad, según lo determine el régimen de personal de cada uno de esos Poderes.

En Costa Rica viven alrededor de 400 mil personas con algún tipo de discapacidad, según el Censo Nacional del 2011. Ese mismo estudio señala que las personas menores de edad representan el 30.4% de la población en Costa Rica, y de ellas, 47.358 personas, es decir, el 3.6% presenta alguna discapacidad.

Además, una investigación realizada por la Escuela de Estadística de la Universidad de Costa Rica en el 2015 se determinó que pese a que, en la última década, han aumentado positivamente las oportunidades para que las personas que tienen alguna condición de discapacidad, más de la mitad de la población aún percibe niveles medios y bajos en su desarrollo en todos los ámbitos de la vida diaria.

Asimismo, se determinó que las personas con discapacidad tienen pocas oportunidades de tener un ingreso digno o un trabajo, aún tienen dificultades para usar el transporte público, contar con sillas de ruedas, audífonos o perros guía para movilizarse en sitios públicos.

La encuesta también determinó que la población con discapacidad en Costa Rica, se desenvuelve mejor en el ámbito de la comunicación, en los servicios públicos, cursar estudios primarios y secundarios, asistir a actividades culturales y tomar sus propias decisiones.

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, declara:

Todos los miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen un compromiso, que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, incluyendo la eliminación de la

discriminación en materia de empleo y ocupación. En Arthur O'Reilly (2005, pág.5)

E) Ley N°9171 Creación de las Comisiones Institucionales sobre Accesibilidad y Discapacidad (CIAD)

Mediante la Ley 9171 se estipula la creación de las Comisiones Institucionales sobre Accesibilidad y Discapacidad (CIAD). Igualmente, mediante Decreto número 36524-MP-MBSF-PLAN, se establece la Política Nacional de Discapacidad como marco político de largo plazo que establece el Estado costarricense, para lograr la efectiva promoción, respeto y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, que han de ser desatollados por la institucionalidad pública en el periodo 2011-2021.

Es importante indicar que las funciones de las CIAD son velar por que las instituciones que representan incluyan, en sus reglamentos políticas institucionales, planes, programas proyectos y servicios, los principios de igualdad de oportunidades y accesibilidad para las personas con discapacidad, en cualquier parte del país.

F) Ley N°9303 "Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad", 26 de mayo de 2015.

Esta Ley crea el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad, en adelante Conapdis, como rector en discapacidad, el cual funcionará como un órgano de desconcentración máxima y personalidad jurídica instrumental, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El Conapdis es el rector en discapacidad, responsable de promover y fiscalizar el cumplimiento de los derechos humanos de la población con

discapacidad, para fomentar su desarrollo inclusivo en todos los ámbitos de la sociedad. Ser una institución innovadora y visionaria, referente en la efectiva promoción y protección de los derechos humanos de la población con discapacidad, en el capítulo 3 se desarrollará ampliamente este Consejo.

Dentro de las disposiciones de esta Ley que destacan son su artículo 2, en el cual se definen los fines de este Consejo y dispone lo siguiente:

- a) Fiscalizar el cumplimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la población con discapacidad, por parte de las entidades públicas y privadas.
- b) Regir la producción, ejecución y fiscalización de la política nacional en discapacidad, en coordinación con las demás instituciones públicas y organizaciones de personas con discapacidad, en todos los sectores de la sociedad.
- c) Promover la incorporación plena de la población con discapacidad a la sociedad.
- d) Asesorar a las organizaciones públicas y privadas que desarrollen o presten servicios a la población con discapacidad, coordinando sus programas o servicios.
- e) Orientar, coordinar y garantizar la armonización de criterios, protocolos de atención, políticas de cobertura y acceso, estándares de calidad y articulación de la red de servicios a la población con discapacidad, para el cumplimiento de los principios de equidad, solidaridad y transversalidad.

G) Ley N° 9379 "Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las personas con Discapacidad".

La ley para la Promoción de la Autonomía personal de las Personas con Discapacidad N° 9379, entro en rigor a partir del 30 de agosto del año 2016,

con el objetivo de promover y lograr la igualdad de las personas con discapacidad, así como la igualdad de condiciones y derechos humanos que tienen los demás ciudadanos, entendiéndose de esta manera que las personas puedan formar su propio proyecto de vida así como tomar sus propias decisiones de manera independiente, sin ningún tipo de discriminación alguna, ya que como lo ha demostrado la historia, en la sociedad las personas con discapacidad han sido discriminadas y excluidas en múltiples ámbitos de la vida, esta ley lo que pretende es sin lugar a dudas instaurar un nuevo paradigma y erradicar los conceptos erróneos y prácticas discriminatorias que por mucho tiempo se prolongaron a través del instituto jurídico de la Curatela.

Esta Ley es novedosa en definir el Derecho a la Autonomía Personal de una manera más específica el artículo 2, inciso D, de la ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad N° 9379 (2016), señala en el cuarto párrafo una definición general sobre el derecho a la autonomía personal:

El derecho a la autonomía personal involucra el acceso de la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, a la asistencia personal humana y/o a los productos de apoyo que requieran para el ejercicio de este derecho, además del respeto y la promoción a la autodeterminación, autoexpresión, así como de las capacidades y habilidades de todas las personas con discapacidad. (p.3).

Una vez interpretado el derecho de la autonomía personal y los derechos que con ello conlleva una persona con discapacidad es importante describir su definición, así como lo menciona el artículo 2, inciso b, de la ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad N° 9379 (2016):

Personas con discapacidad: Incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En el caso de las personas menores de edad, en la medida en que esta ley les sea aplicable, se procurará siempre perseguir su interés superior. (p.2).

Si bien las personas con discapacidad no tienen quizás la misma capacidad física o mental de otra persona que carezca de algún tipo de discapacidad, se debe asegurar que se les haga valer los mismos derechos de los demás ciudadanos en igualdad de condiciones sin discriminación alguna por su condición, aunque existan diversas barreras que les dificulte o impida esa participación plena en la sociedad, por ello se debe garantizar y velar por que estos derechos se les reconozca.

Por lo tanto, es de importancia recalcar que los principios generales de la presente ley N° 9379, se fundamentan con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, regulado en la ley N° 8661 del 2008, la cual tiene un énfasis en la dignidad humana, misma que tiene una gran valoración en las diferencias de las personas, en este caso las personas con algún tipo de discapacidad, ya que considera que no deben de ser observados como objetos, ni ser discriminados así como tampoco deben ser productores de lástima, ya que al igual que los demás ciudadanos tienen los mismos derechos y obligaciones, por lo tanto, deben ser considerados de la misma manera sin distinción o estereotipo alguno.

Por otro lado, con la promulgación de esta ley el estado deberá velar porque ciertas circunstancias se cumplan, mismas que están bajo su responsabilidad, como velar por garantizarle a las personas con discapacidad su participación en la toma de decisiones, que tengan acceso a la figura de

garante jurídico y asistencia personal humana, que sirvan de guía y apoyo en su vida personal así como la del garante jurídico, que velará porque exista además esta igualdad ante la ley, además deberá el estado implementar la salvaguardia.

Por otra parte, para lograr la igualdad de condiciones con los demás y de esta forma contribuir con el derecho de la autonomía personal, se realiza mediante la asistencia personal humana, que tiene como finalidad coadyuvar en estos aspectos, además para ello existe un plan individual de apoyo este se encarga de determinar cuál es el tipo de soporte que la persona con discapacidad que solicita dicha colaboración requiere en la realización de las actividades diarias con la finalidad de que por este medio la persona alcance una vida independiente y la autonomía personal. Sin embargo, este tipo de apoyo podrá ser elaborado propiamente por la persona con discapacidad junto con otra persona, no obstante, deberá ser avalado por el personal técnico y profesional del programa de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (Conapdis), según es señalado por la propia ley.

Así mismo, es importante recalcar que las personas con discapacidad que opten por una asistencia personal humana serán aquellas que específicamente no tienen los medios económicos para sufragar un apoyo como el de la asistencia personal humana, para estos efectos, el IMAS a solicitud del Conapdis, certificará la condición de pobreza, que en consideración a esa solicitud presenta la persona con discapacidad y también se brindará este apoyo de asistencia personal humana en aquellos casos que realmente lo requieran para ejercer su derecho a la autonomía personal, además deberá cumplir con un requisito, en el cual deberá aportar certificación de la discapacidad. Cabe indicar que las personas que vayan a brindar servicios de asistencia no podrán ser empleadas públicas a la vez, de lo cual hace referencia la Ley N° 9379, por su parte, en todo convenio se deberá garantizar que quienes

sean asistentes personales tendrán que estar debidamente acreditados por el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA).

Además, con el fin de promover la autonomía personal de las personas con discapacidad se crea un programa diseñado para esa finalidad, así lo señala el artículo 16, de la Ley N° 9379 (2016):

Artículo 16.- Creación del Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad: Se crea el Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, como una prestación económica estatal, y la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (Conapdis), que tendrá a cargo dicho programa. (p.11).

Con la creación del programa para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, se faculta al Conapdis, para que ellos sean los encargados en contratar el recurso humano técnico y profesional necesario para esta finalidad. Cabe indicar que el financiamiento que se toma en cuenta en este programa proviene de la Junta de Protección Social y Establecimiento de Distribución de Rentas de las Loterías Nacionales y de los recursos del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (Fodesaf).

Por otro lado, la persona que solicita la asistencia personal humana cuenta con algunos derechos, entre estos, puede solicitar por sí mismos la asistencia personal humana, recibir información completa relacionada a este programa en relación con la asistencia personal, acceder a la asistencia personal humana, sin que medie ningún tipo de violencia o presión y reconocer a las personas con discapacidad como sujetos con igualdad de derechos, por ende no se deben valorar como objetos de sobreprotección.

Cabe indicar que además las personas solicitantes de la asistencia personal humana tienen no solo derechos como los descritos en el párrafo anterior, sino que también cuentan con una serie de obligaciones, entre estas se pueden mencionar de forma general algunas, como por ejemplo, suministrar información necesaria requerida por el programa de la autonomía personal de las personas con discapacidad, así mismo emplear apoyo al asistente personal para el fin que establece la ley, firmar con el Consejo Nacional de Personas con discapacidad (Conapdis), el convenio que garantice la utilización de los recursos económicos en la asistencia personal humana.

Ahora bien, como se ha estado mencionando en párrafos anteriores, respecto al asistente personal, se reitera su formación y capacitación, siendo lo señalado en el artículo 27, de la Ley N° 9379 (2016):

Artículo 27.- Formación y capacitación de asistentes personales: El Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) será el encargado de formar, capacitar y/o certificar a las personas asistentes personales; para esto deberá presupuestar los mecanismos y los recursos necesarios. Para la formulación del Programa de Formación y Capacitación de las Personas Asistentes Personales, el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) contará con el criterio técnico especializado del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (Conapdis) y, en el caso de las personas menores de edad con discapacidad, cuando les sea aplicable, el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) elaborará una ficha técnica de carácter vinculante. El Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) podrá solicitar apoyo técnico a las organizaciones de personas con discapacidad, especializadas en el campo de la asistencia personal humana. (p.17).

En lo que respecta al asistente personal, este deberá brindar el servicio de asistencia personal humana, de acuerdo con las condiciones individuales de

la persona con discapacidad, así como promover y respetar el derecho a la autonomía personal, en cuanto a la toma y decisiones de su propio proyecto de vida de la persona con discapacidad.

Con relación a lo anterior, según el artículo 2, inciso k, de la Ley N° 9379 (2016), define al asistente personal como:

“Asistente personal: persona mayor de dieciocho años capacitada para brindarle a la persona con discapacidad servicios de apoyo en la realización de las actividades de la vida diaria, a cambio de una remuneración.” (p.4)

Finalmente en cuanto a las disposiciones transitorias, es importante considerar que la ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad señala, en el transitorio I, que con relación a la persona curadora como antes se les denominaba automáticamente con la vigencia de la ley en mención pasarán a ser garante para la igualdad jurídica, por ende, la ley señala que el juez o jueza de familia deberá realizar la revisión correspondiente en un periodo de dos años, de dicha salvaguardia.

Además, el Tribunal Supremo de Elecciones debe incluir en el padrón electoral a la persona con discapacidad, con la vigencia de esta ley, por otra parte, en caso de que la persona con discapacidad cuente con bienes muebles e inmuebles el registro que corresponda en este caso deberá inscribirlos a su nombre, los bienes que se encontraran a nombre del curador o la curadora en ese caso, para ambos casos se da un periodo de seis meses. Por otro lado, en el caso del transitorio II, se interpreta que se le otorga al Consejo Nacional de personas con discapacidad (CONAPDIS) la ejecución del programa de autonomía personal de las personas con discapacidad, para ello se le otorgó un plazo de seis meses desde la fecha en que entró en vigor la ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, ley N° 9379.

SECCIÓN II: Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.

Cuadro 3: Convenios Internacionales sobre Personas con Discapacidad aprobados por Costa Rica, 1949 – 2017.

Número de Ley	Nombre	Organismo
7219	1. Convenio sobre la Readaptación Laboral y el Empleo de Personas Inválidas (hoy llamadas personas con discapacidad).	OIT
7948	2. Aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999.	OEA
8661	3. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	ONU
	4. Convención de los Derechos del Niño 1989	ONU
	5. Protocolo San Salvador.	
	6. Observaciones Generales del Comité sobre las Personas con Discapacidad.	

Fuente: Biblioteca de la Asamblea Legislativa Área de Orientación al Usuario y Gestión de Servicios Unidad de Referencia Virtual. Esteban Chaverri Valverde Encargado Unidad de Referencia Virtual. (2017)

A) Convenio de la OIT 159 sobre Readaptación Profesional y Empleo a las Personas Inválidas (hoy llamadas personas con discapacidad).

Este Convenio fue ratificado por Costa Rica ante la Organización Internacional de Trabajo en fecha 23 de julio del año 1991.

El Convenio ofrece una definición de discapacidad al señalar en su artículo 1 que se debe entender por “persona inválida, este instrumento internacional indica que son todas las personas cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en él queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. Dispone que todos los miembros del Convenio deberán considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en él, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad. Establece que los Estados miembros aplicarán las disposiciones de este Convenio mediante medidas apropiadas a las condiciones nacionales y conformes con la práctica nacional.

Para este Convenio es trascendental el compromiso y el cumplimiento de parte de los Estados y gobiernos, respecto a la Convención, ya que le fija a los Estados la tarea de crear un mecanismo institucional para impulsar la implementación del tratado. La Convención tiene un carácter programático y plantea un conjunto de normas, que deben de empezar a cumplirse a través de una serie de políticas públicas, que muestren un cambio sostenido y sostenible. Este Convención, al tenor de lo que se expresa en su artículo 4, correspondiente a las obligaciones de los Estados, debe modificar tanto normas jurídicas y administrativas como costumbres y prácticas, que han contribuido, directa o indirectamente, a mantener en ese estado de pobreza y exclusión a las personas con discapacidad. En todas las políticas y programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad, vistos de una manera integral, deben tomarse en forma efectiva, práctica y concreta, por parte de los Estados. Esto no es otra cosa que la

aplicación práctica de un desarrollo incluyente.

En este sentido, no se debe construir infraestructura pública o privada que dé servicio al público si no se garantiza accesibilidad física, segura y de calidad, para todas las personas. Las entidades gubernamentales deben dictar normas específicas con tal propósito y cumplirlas y hacerlas cumplir, con todo rigor. Es éticamente inaceptable que se construya infraestructura que propicie la exclusión. De igual manera, los servicios públicos informativos, de comunicación y transporte, deben ser accesibles para todas las personas.

Las entidades gubernamentales (nacionales y locales) deben trabajar en políticas y programas que garanticen el avance progresivo y sostenible en la accesibilidad universal en tales servicios. No hacerlo contribuiría a prolongar la pobreza a millones de personas con discapacidad. En este ámbito de acceso a la información, es imprescindible que los Estados impulsen políticas y acciones urgentes encaminadas a reducir, en forma eficaz, la doble brecha digital y la falta de acceso a la información que enfrentan las personas con discapacidad, por su condición de ser pobres y con discapacidad.

En el campo educativo, los Estados deben garantizar y ofrecer educación inclusiva a todas las personas, asegurando dotar a las personas con discapacidad, en las diferentes etapas de su existencia, de ofertas educativas de calidad, que les posibilite el mayor desarrollo humano posible. Es necesario que las personas con discapacidad alcancen la formación adecuada, en arreglo a sus condiciones personales y potencialidades, para producir y trabajar.

La Convención es una herramienta para propugnar por un cambio, pero es una herramienta que hay que utilizar. Se requerirá mucho trabajo político de las organizaciones de personas con discapacidad y grupos organizados para avanzar en el logro de políticas inclusivas y transversales, que contribuyan a mejorar las condiciones de vida de los excluidos con discapacidad.

La Convención ofrece la oportunidad de contar con argumentos jurídicos, políticos y de desarrollo social, para luchar por un cambio en el mundo de la discapacidad. Para su aplicación se debe conocer a fondo el tratado y su protocolo opcional, para saberlo utilizar dentro de una lógica de exigibilidad razonada de los derechos. Eso nos desafía a labores de divulgación y capacitación, práctica y efectiva, para todos los administradores de justicia.

B) Convención de los Derechos del Niño y Observación General N°9 del Comité de los Derechos del Niño.

Las personas menores de edad se encuentran revestidas de todos los derechos y deberes que nuestra Constitución Política impone y/o establece, a fin de protegerles en su etapa de desarrollo y crecimiento, teniéndose la visión obligatoria por parte del Estado de proveerles lo necesario para que se desarrollen dentro de un cúmulo de derechos con los cuales sus esferas personales estén vinculadas a la normativa nacional como convencional.

Lamentablemente ha sido evidente la minimización de los derechos de las personas menores de edad (PME) y su correlativa relación con un Estado tirano que les desproteja en todo sentido, si aunado a ello se considera que este sector de la población a parte de estar en minoría presenta discapacidad para ejercer una vida "normal", es evidente que la vulnerabilidad se presenta con mayor esplendor, a lo que devendría en reflexionar que ese Estado incumple con sus obligaciones como ente rector y protector de este sector del conglomerado social.

Nótese que el Estado Costarricense, además de contar con legislación interna en el tema de personas menores de edad, ha

suscrito convenciones internaciones específicas, como es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, la cual fue aprobada en el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y firmada por Costa Rica el 26 de enero de 1990. Además de ello, con el objetivo de vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, el Comité de los Derechos del Niño se ha dado a la tarea de mantener una comunicación con los estados; con la finalidad de promover los derechos de los niños y las niñas. Recordemos que el Comité es un órgano internacional de expertos en la materia y su función ha sido fundamental para dar a conocer el contenido de la Convención por medio de Observaciones Generales, y precisamente es la Observancia General N°9 “Los Derechos de los niños con Discapacidad”, que aborda este tema específico.

El artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño y la Niña arguye

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, *los impedimentos físicos*, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de *discriminación* o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las

creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.
(el resaltado es propio)

Pretende dicho artículo, evitar la discriminación como eje central de la Convención en cuanto a la discapacidad, utilizando el concepto de “impedimentos físicos”, el cual a nuestro concepto se podría decir que debe superarse tomando en cuenta que toda exclusión o señalización por tenerse una discapacidad podría pretender ser minimizado en los derechos como persona.

La Observación N°9 indica que “el 06 de octubre de 1997 el Comité (...), *consideró la posibilidad de redactar una Observación General sobre los niños con discapacidad...El Comité toma nota con reconocimiento de la labor del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y dignidad de las personas con discapacidad*” (pp 136), sin embargo se puede notar que a la fecha, de ese compromiso no se cuenta con este documento que dinamizando su contenido podría constituir la primera Convención Internacional que pudiese aplicar, proteger y promover los derechos de las personas menores de edad con discapacidad, lo que es evidente su urgencia y promulgación.

Dentro de este análisis se observa que la pobreza podría ser un sesgo manifiesto que se apareja con la discapacidad, hecho que es más que claro que no es así, punto que la Observación 9° lo indica así:

...dado que la pobreza es tanto la causa como la consecuencia de la discapacidad, el Comité ha destacado en repetidas ocasiones que los niños con discapacidad y sus familias tienen derecho a un nivel de vida adecuado,

en particular, una alimentación, vestimenta y vivienda adecuadas y una mejora continua de sus condiciones de vida.

Lo que se difiere de dicho párrafo es cimentar que la pobreza colabora con la discapacidad, ya que esto no es un panorama en el cual se pueda indicar, que las personas con escasos recursos sean quienes mantengan mayor discapacidad y las personas con recursos sobre inmuebles o posibilidades de estudio sean quienes la discapacidad se manifiesta en menor rango, lo que permite cuestionar que se vulnera los derechos con este pensamiento y se encasilla en un grupo vulnerable a las personas en mención.

Expone la Observación N°9 que en cuanto al párrafo primero del numeral 2 de la Convención de los Derechos de la niña y del niño (en adelante Convención), *“la discriminación muchas veces se presenta de forma múltiple ya que aparte de la discapacidad los niños viven en zonas rurales de poco acceso, la prestación de servicios los excluye de la educación y les niega el acceso a los servicios de salud y sociales de calidad”*, aspectos que si bien tratan de mejorar el estilo de vida de la PME, véase que la línea de pensamiento del Comité es cómo enfrentar o mejorar las barreras institucionales que infringen el acceso de las personas con discapacidad a falta de una construcción adecuada, tomando en cuenta hasta este momento como una discapacidad motora, que no permite un desplazamiento efectivo de aquella PME.

El estigma social, los temores, la sobre protección, las actitudes negativas, las ideas equivocadas y los prejuicios imperantes contra los niños con discapacidad siguen siendo fuertes en muchas comunidades y conducen a la marginación y alienación de los niños con

discapacidad (Observación N°9 pp 137)

El Comité realiza una petición basta en cuanto a valorar la obligación de observar con mayor detenimiento a las niñas por su condición de mujer, menor de edad discapacidad ya que en unión de todo ello se refleja la violencia por género, lo que deviene en adoptar con mayor atención medidas concernientes a estos aspectos.

Tratando de reflexionar en ello, nótese que nos desenvolvemos en un mundo jurídico altamente patriarcal en el cual las normas jurídicas están plagadas de androcentrismo y patriarcado, lo que de forma lastimosa debe admitirse que, en este punto, no se logra avanzar ya que las niñas aún a nuestro concepto pertenecen a un grupo minoritario que, si a ello se suma la discapacidad, al menos nuestro país no tiene o no cuenta con medidas correctivas para este argumento.

Importante recordar que no es proveer de Escuelas, útiles o uniformes a las niñas o niños y con ello el Estado cumplió con su obligación de protección, porque simplemente se estaría frente a un ciclo rotativo de medidas que no permiten concientizar en el tema y se utilizarían estas herramientas para ponderar que la discapacidad se logra erradicar con hechos materiales, los que de forma obvia forman parte de las necesidades continuas de la población, pero no colaboran con el surgimiento de la protección a las niñas en estudio.

El artículo 23 de la Convención, principio rector del disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, dispone:

- 1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o*

físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

Busca este párrafo incluir en la sociedad a las personas menores de edad con discapacidad en igualdad con las demás personas, pero no se refiere a una igualdad formal o material, sino equiparada a las necesidades inclusivas que la sociedad y el Estado deben proveer para que las PME puedan desarrollarse de una forma plena sin ninguna barrera a nivel por ejemplo de construcción de edificios en el entorno que se desarrollan.

Continúa señalando el artículo:

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

Alienta el párrafo a que las PME tienen derecho a recibir cuidados especiales por medio de la Seguridad Social, sin dejar de lado a las personas progenitoras que les cuidan con el objetivo de que estas últimas se eduquen en cuanto al cuidado de las y los niños con discapacidad.

Los recursos institucionales y estatales deben proveer de una forma sistemática las necesidades de la población con

discapacidad pero que también logre cimentarse a cada caso concreto, ya que, si no lo es así, en igual sentido se violenta los derechos de los y las niñas.

No es proveer de forma comunal por parte del Estado equipo médico al sector de niños y niñas en el área metropolitana de camillas especiales por ejemplo y no visualizar la zona rural que también merece y necesita de ello, porque entonces se estaría en la misma protección de discriminación que se discute. Además, señala:

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Lo anterior coincide con el razonamiento anterior enfocándose en la educación, guía y fortalecimiento dirigido hacia las personas cuidadoras o progenitoras que mantengan la custodia de las PME, con el objetivo de recibir la guía y enseñanza necesaria en el tema a fin.

Podría decirse, entonces que no se cumple a cabalidad

dicha recomendación al no existir un abordaje integral que dinamice la situación de una forma compleja, dirigida hacia la madre o el padre desde el punto de vista de ayuda y/o seguimiento en el desarrollo y crecimiento de las PME con discapacidad.

El artículo continúa señalando:

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

El Comité observó que este intercambio de información es limitado, ello porque simplemente no se le da el peso necesario que trate de proteger con mayores cimientos la discapacidad, podría ser que no se catalogue como una necesidad básica del Estado bajo un tema de importancia, reflejando así la falta de sensibilidad en este aspecto.

El Comité observa y recomienda sobre la Legislación que *“los Estados Partes realicen una revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar que todas las disposiciones de la Convención sean aplicables a todos los niños, incluidos los niños con discapacidad, que deberían mencionarse explícitamente cuando proceda (Observación N° 9 pp. 139).*

El Comité alude al término *educación inclusiva como un conjunto de valores, principios y prácticas que tratan de lograr una educación cabal,*

eficaz y de calidad para todos los alumnos, que hace justicia a la diversidad de las condiciones de aprendizaje y a las necesidades no solamente de los niños con discapacidad, sino de todos los alumnos (Observación N°9 pp 153)

El Comité recomienda mediante su Observación General N°9 lo siguiente recomienda:

- 1- La adopción de medidas para movilizar la voluntad política necesaria y lograr un compromiso auténtico de investigar y llevar a cabo prácticas más eficaces para prevenir los factores que colaboren con las discapacidades.
- 2- Incluir la discapacidad como motivo prohibido de discriminación en las disposiciones constitucionales.
3. Prever recursos efectivos de violaciones de los derechos de los niños con discapacidad.
- 4-Organizar campañas de concienciación y de educación dirigidas al público en general y profesionales concretos.

Honrando las recomendaciones que anteceden, al menos en nuestra Constitución Política sí se hacer alarde de los numerales 7 y 48 como oportunidad de visualizar las Convenciones que garanticen protección a la población que se enfatiza, al menos se cuenta con portillos para tratar de minimizar su vulneración y tratar de dar seguimiento a las políticas convencionales.

Lamentablemente no se cuenta con una visión transversal que potencialice los derechos de las PME con discapacidad y que con ello se provea al Estado de mejores recursos institucionales y jurídicos, que garanticen este cúmulo de situaciones.

C) Protocolo San Salvador.

El principal instrumento del sistema interamericano, es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no contiene una disposición explícita sobre los derechos de las personas con discapacidad. El Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), por su parte, establece (aunque con una terminología poco apropiada) la protección específica a las personas con discapacidad en su artículo 18.

Artículo 18 Protección de los Minusválidos. Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

- a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;
- b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;
- c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la

consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;

d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

Asimismo, el Protocolo de San Salvador recoge disposiciones específicas sobre el disfrute de las personas con discapacidad en los derechos a la educación y al trabajo:

Artículo 13.3.e:

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

Artículo 6.2:

Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

D) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999.

El sistema interamericano cuenta con un tratado específico en materia de discapacidad, se trata de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPCD), Adoptada el 7 de junio de 1999, y que entró en vigor desde el 14 de setiembre de 2001.

No obstante, es importante tener presente que en tanto es un instrumento adoptado de manera previa a la Convención sobre los **Derechos** Humanos de las personas con Discapacidad, muchas de sus normas o estándares no se adecuan completamente al modelo social. Ejemplo de ello es la definición de discapacidad establecida en el artículo I.1, que establece que:

“El término discapacidad significa 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 (el resaltado es nuestro).

Si bien no puede decirse que esta Convención plantea una definición completamente compatible con el modelo médico, ya que, si reconoce al entorno como un posible factor causante, sin embargo, difiere de la Convención sobre los Derechos Humanos de las personas con Discapacidad, porque en este la discapacidad surge de la interacción entre la deficiencia y la barrera, no surge del individuo.

De igual manera, puede mencionarse el artículo I.2.c), en donde se establece que “en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación”. Si bien esta Convención no postula la figura de la interdicción como un modelo necesario, a diferencia del paradigma Social, sí plantea la posibilidad de que exista una interdicción “necesaria”.

No obstante, lo anterior, en una lógica de uniformizar estándares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, al igual que la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. (Corte IDH. Furlan y Familiares Vs. Argentina, de 31 de agosto de 2012, párr. 133.).

De esta manera, pese a no existir ningún instrumento específico en discapacidad que se alinee plenamente al modelo social recogido en la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, ello no obsta a que se pueda aplicar tal instrumento a los derechos de las personas con discapacidad puesto que es importante tener en cuenta que los sistemas de protección de derechos humanos plantean una interpretación hermenéutica, donde los estándares de uno u otro se interrelacionan a efectos de lograr la interpretación más adecuada para el ser humano. Esto está íntimamente relacionado con el estándar del corpus iuris desarrollado por la Corte IDH, y entendido como el conjunto de instrumentos internacionales referidos a la protección de un derecho o grupo social en situación de

vulnerabilidad específico. Desde esta perspectiva, sería posible afirmar la existencia de un corpus iuris en discapacidad, mediante el cual sería posible hacer una interpretación conjunta (a la luz del modelo social) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador, el artículo 9 de la Convención de Belemdo Pará, la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

E) Comité sobre las Personas con Discapacidad.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad establece al Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) como órgano supervisor de su cumplimiento. De acuerdo con el numeral 2) del mencionado artículo, el CEDDIS celebrará su primera sesión a los 90 días después de la décimo primera ratificación. En esos términos, la primera reunión se celebró el 28 de febrero de 2007.

De acuerdo con su reglamento (aprobado por Resolución del 8 marzo 2007. OEA/Ser.L/XXIV.2.1. CEDDIS/doc.4/07 rev.3), el CEDDIS está integrado por un representante y dos suplentes designados por cada Estado Parte de la CIPCD, por un período de cuatro años sin posibilidad de reelección. Los miembros del CIPCD son independientes en el ejercicio de sus funciones. (Artículo 2 del Reglamento del CEDDIS).

La utilidad práctica del CEDDIS para poner en conocimiento un caso es limitada, y más bien cumpliría funciones similares a las de la ex Relatoría sobre Discapacidad en Naciones Unidas, es decir, solicitar información a organizaciones en diferentes temas vinculados a los derechos de las personas con discapacidad. De esta manera, el CEDDIS tiene como principal función

examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención e intercambiar experiencias entre los Estados partes (Artículo VI.5 de la CIPCD). Para ello los Estados parte deben presentar informes periódicos (cada cuatro años) señalando las medidas que hayan adoptado en la aplicación de la CIPCD y cualquier progreso que hayan realizado en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Luego de recibidos y estudiados los informes de los Estados, El CEDDIS elaborará un informe que recogerá las conclusiones, observaciones y sugerencias generales para el cumplimiento progresivo de la CIPCD. (Artículo 20 del Reglamento, puede revisarse el contenido de los informes presentados por los Estados en el siguiente enlace http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-4_informes.asp).

Tenemos claro entonces que el CEDDIS mantiene, al igual que los órganos de los tratados del sistema universal, la facultad de interpretar el tratado que tutela.

A la fecha, el Comité ha celebrado las siguientes reuniones: Reuniones Ordinarias:

- Primera Reunión: 28 de febrero al 1 de marzo de 2007. Ciudad de Panamá, Panamá.
- Segunda Reunión: 28 de julio al 1 de agosto de 2008. Brasilia, Brasil.
- Tercera Reunión: 26 y 27 de abril de 2010. San Salvador, El Salvador
- Cuarta Reunión: 27, 28 y 29 de noviembre de 2012. Santiago de Chile, Chile.
- Quinta Reunión: 17 al 20 de noviembre de 2015. Cancún, México.
- Sexta Reunión: 3 al 6 de mayo de 2016. Ciudad de Guatemala, Guatemala.
- Séptima Reunión: 17 al 21 de octubre de 2016. Santiago de Chile, Chile
- Octava Reunión: 24 al 28 de abril de 2017. Cali, Colombia.

Reuniones Extraordinarias:

- Primera Reunión Extraordinaria: 4 y 5 de mayo de 2011. San Salvador, El Salvador.
- Segunda Reunión Extraordinaria: 25 y 26 de abril de 2012. Lima, Perú.
- Tercera Reunión Extraordinaria: 21 y 22 de noviembre de 2013. San José, Costa Rica.
- Cuarta Reunión Extraordinaria: 28 y 29 de mayo de 2014. Ciudad de Panamá, Panamá
- Quinta Reunión Extraordinaria: 7 al 10 de octubre de 2014. Buenos Aires, Argentina.

La Octava Reunión del CEDDIS fue convocada para revisar el segundo bloque de informes nacionales (Informes de Brasil, Ecuador, Haití, Guatemala, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay), sobre la implementación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) y del Programa de Acción para el Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (PAD), lo cual incluyó la evaluación pormenorizada del país y la adopción de recomendaciones generales a ser presentadas a la Asamblea General de la OEA sobre la situación de las personas con discapacidad en la región. Adicionalmente, se dedicó un espacio para examinar los avances del grupo de trabajo para la construcción de un manual instructivo sobre apoyos y salvaguardias; para la revisión del PAD de cara a su extensión hasta el año 2026, y para la celebración de un diálogo con representantes de organizaciones de la sociedad civil, entre otros temas. (Ver http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/documentos/discapacidad/CEDDIS_REUNIONES/ESP/Ordinarias/8vaReunion/InformeFinal_VIIIReunion.pdf)

Ahora bien, una vez mencionados los diferentes instrumentos vigentes en materia de discapacidad, que aclaramos no son los únicos, pero si los que consideramos más relevantes para la investigación, podemos concluir que el

cambio de paradigma de la discapacidad ha generado una multiplicidad de cambios sociales, políticos y jurídicos. La idea del modelo social, es decir, que la discapacidad no surge solamente de la persona sino de la interacción entre la deficiencia de la persona y la sociedad ha alterado las percepciones que, erróneamente, mantenían excluidas a un significativo porcentaje de la población mundial. Como es evidente, el Derecho no podía verse ajeno a esta dinámica. Es así que, a través de diversas estrategias, la problemática de la discapacidad ha ingresado a la dimensión jurídica. En el caso de los derechos humanos, podemos mencionar, como punto de quiebre, a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPCD), aprobada en el año 2006 y en vigor desde mayo del 2008. Sin embargo, como quedo demostrado se ha creado un "corpus iuris" entendido como ese conjunto de instrumentos internacionales referidos a la protección de un derecho o grupo social en situación de vulnerabilidad específico, en este caso las persona con discapacidad. desde esta perspectiva, sería posible afirmar la existencia de un corpus iuris en discapacidad, mediante el cual sería posible hacer una interpretación conjunta (a la luz del modelo social) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador, el artículo 9 de la Convención de Belem do Pará, la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

CAPÍTULO TERCERO. ALCANCES DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA LEY DE LA AUTONOMÍA PERSONAL N°9379.

SECCIÓN I. La Capacidad Jurídica de la Persona con Discapacidad a la luz de los Derechos Humanos.

Las y el investigador, quisiéramos iniciar en el presente capítulo cuestionándonos; ¿Qué representa una persona?; interrogante que hemos decidido de forma unánime responder de la siguiente manera: representa un cúmulo de derechos humanos. Así concebimos la idea de que el Derecho siendo un constructo social necesario para la vida en sociedad, tiene por objeto la tutela de los derechos que les son reconocidos a las personas en todo ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto anteriormente, un Estado de Derecho debe garantizarse que el derecho positivo se encuentre permeado de los estándares mínimos de tutela efectiva que establecen las normas del derecho internacional de los derechos humanos, obligación que se contrae en el momento de ratificar un tratado o convenio (como en gran parte de los Estados) o bien cuando resulte que de la interpretación del derecho interno se concluya que un instrumento de tal clase protege mejor los derechos humanos aún y cuando no han sido ratificados por un Estado, como en el caso de Costa Rica.

Al respecto el **Voto 2313-95** emitido por la Sala de lo Constitucional de Costa Rica (Rica, 1995) enfatizó:

...tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93).

Así las cosas, afirmamos que la posición del Estado Costarricense frente al derecho internacional de los derechos humanos a partir de la reforma al artículo 48 de la Constitución Política en el año 1989 (Ley de Reforma Constitucional N°7128) se estableció que la tutela de los derechos constitucionales se extiende más allá del ordenamiento jurídico nacional hacia lo establecido en los instrumentos internacionales aún y cuando no hayan sido ratificados por el Estado.

Artículo 48. Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en la Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10. (Constitución Política de Costa Rica , 1949)

Asimismo, es de observancia ineludible en el tema de los derechos de las personas con discapacidad, el principio pro homine o principio pro persona, como un criterio hermenéutico y del cual se deriva la necesidad de auxiliarse de la norma más amplia, o de la interpretación más extensiva, cuando se trata

de reconocer derechos protegidos; es decir partir de que la persona es el objeto y finalidad del derecho, por ende toda interpretación que se realice debe ser a favor de la persona humana.

En ese mismo orden de ideas Alma Rosa Bahena (Villalobos, 2015) señala:

El principio pro persona es un criterio hermenéutico característico de los derechos humanos que consiste en aplicar el precepto jurídico o la interpretación más favorable cuando se trate del reconocimiento y goce de derechos, e inversamente, en la aplicación del precepto o interpretación más restrictiva cuando se intente afectar el acceso o goce de un derecho fundamental, en aras de estar siempre a favor de la persona.

Es así como la persona humana se convierte en centro y objeto del derecho dotándole de atributos como la personalidad jurídica y derivada de ésta la capacidad jurídica y por encima de ambas el reconocimiento y respeto irrestricto a la dignidad humana inherente a todo ser humano.

Al respecto existe una nutrida jurisprudencia que ha emanado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de entre los cuales se pueden citar algunos casos como el de Ricardo Baena y otros versus el Estado de Panamá (Caso Ricardo Baena y otros versus Panamá, párrafo 189, 2001) mediante el cual se aclara que:

...dentro del procedimiento de petición o comunicación de la violación de un derecho contenido en la Convención, la Comisión deberá aplicar el principio pro persona, frente a la opción que establecen los artículos 50 y 51 de dicha Convención, ya sea presentando la demanda a la Corte por no haberse solucionado el asunto, o bien, mediante la emisión del informe que contenga sus opiniones, recomendaciones y conclusiones

en el que deberá establecer un plazo razonable para que el Estado le dé cumplimiento. Una vez finalizado el plazo, la Comisión decidirá si publica o no el informe.

En sentencias posteriores, como el Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica, y Ricardo Canese versus Paraguay, el criterio empleado por la Corte IDH en el caso citado en el párrafo precedente, fue reiterativo y por ende posicionándose cada vez como un principio de observancia obligatoria en el tema de derechos humanos por una parte y por la otra en virtud de que dichas resoluciones son vinculantes para el resto de los Estados Americano.

En el mismo sentido el principio pro persona fue observado en la sentencia que se emitió en el caso Masacre de Mapiripán versus Colombia (Masacre Maripán versus Colombia, párrafo 106, 2005) enfatizando sobre la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos, en consonancia con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 29 relacionado a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así la Corte IDH resolvió que deberá aplicarse la interpretación más favorable.

También, mediante la sentencia que se emitió en el Caso Dacosta Cadogán versus Barbados (Caso Dacosta Cadogán versus Barbados, 2009), la Corte Interamericana se manifestó en relación con la pena de muerte; refiriendo que, en su ejecución, deberá aplicarse el principio pro persona de manera que su imposición deberá limitarse rigurosamente con la finalidad de que progresivamente se logre su eliminación.

Nótese que el derecho interno de cada Estado no puede, de ninguna manera, mantenerse estático, el mismo debe ir evolucionando al compás del derecho internacional de los derechos humanos, debido a que el derecho tiene como fin a la persona humana sin distinción alguna, así las cosas la Corte IDH

por medio de las Opiniones Consultivas OC-1/82 párrafo 24 (Opinión Consultiva OC-1/82 solicitada por Perú, 1982) y en la OC-2/82 párrafo 29 (Opinión Consultiva OC-2/82, 1982), se desprende que los Estados tienen la obligación de respetar los tratados internacionales de derechos humanos y proteger a cualquier individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.

En ese orden de ideas desarrollaremos aspectos de relevancia respecto al nuevo paradigma de abordaje de los derechos de las personas con discapacidad, capítulo que hemos decidido ramificarlo en cuatro secciones que hemos considerado de suma importancia, las cuales se desarrollan de la siguiente manera:

Sección I: abordaje de la Capacidad Jurídica de la Persona con Discapacidad a la luz de los Derechos Humanos analizando en ese sentido aspectos tales como; la capacidad jurídica desde la perspectiva del derecho civil, distinguir entre la capacidad de ejercicio versus capacidad de goce, el análisis de dichos conceptos según el espíritu del ordinal 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el contexto del Estado Costarricense finalizando con la Capacidad jurídica y de Actuar de las Personas con Discapacidad contenida en la Ley de la Autonomía Personal N°9379.

Sección II: para dicha sección consideramos relevante el abordaje del proceso de Salvaguardia contenido en la Ley de la Autonomía Personal N°9379; así estudiamos aspectos jurídicos de relevancia en la Ley de la Autonomía Personal N°9379, el Proceso de Salvaguardia y el Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de la Persona con Discapacidad y el CONAPDIS.

Sección III: acorde con el abordaje de las secciones anteriores consideramos como imperativo el estudio de los aspectos médico-legales indispensables para el abordaje de la Discapacidad de conformidad con nuevo paradigma; aspectos que sin ser especialistas de las ciencias médicas tratamos

de estudiar y describir de manera respetuosa y acuciosa por considerar importante su conocimiento en las personas que administran justicia en materia de derechos de las personas con discapacidad, así decidimos incluir los siguientes temas: aspectos generales sobre la valoración probatoria en procesos de Salvaguardia, lo que nos llevó al estudio de la prueba pericial en conflictos judiciales con énfasis en discapacidad y la clasificación de trastornos, síndromes y conductas psiquiátricas presentes en el proceso de Salvaguardia; para finalizar con el análisis sobre recolección de estadísticas y resultados y el rol de la persona en los procesos de Salvaguardia.

Sección IV: para concluir con la presente investigación decidimos en esta sección referirnos a la Experiencia Judicial a partir de la entrada en vigencia de la Ley Autonomía Personal N°9379 en mes de agosto del año 2016, identificando enmarcados en el respeto hacia los administradores de justicia las principales dificultades en la aplicación de la Ley de la Autonomía Personal N°9379, los desafíos y estrategias de mejora para la aplicación de la Ley de la Autonomía Personal N°9379 en el ámbito judicial.

A) La Capacidad Jurídica desde la Perspectiva del Derecho Civil.

A partir del cambio de paradigma que instaura la Ley 9379 a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el Estado Costarricense surge como interrogante, sino más bien un replanteamiento que subyace en el ordenamiento jurídico respecto a; ¿Quién o quiénes son las personas con discapacidad? Así las cosas, conviene citar el artículo 1 del Código Civil el cual señala que las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales, debidamente aprobados, ratificados y publicados y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, dicho precepto obliga a realizar una interpretación integral de las normas jurídicas (principio de integralidad de las normas), partiendo de la tutela y efectivización de los derechos humanos a fin de brindar una protección igualmente integral a quienes va dirigida, lo que implica la efectivización del numeral 48 de la Constitución Política y la observancia del principio pro homine.

Es así como el Estado de Costa Rica enfrenta desde el mes de agosto del año 2016 un cambio trascendental en lo que respecta al tratamiento jurídico de la discapacidad; así se propone, visibilizar a las personas que históricamente fueron considerados ciudadanos de segunda clase que constituían una carga para el Estado e introduce una necesidad de sensibilización en el tema cuyo poder de decisión lo ostentan las personas juzgadoras.

En el mismo orden de ideas y retomando el artículo 36 del Código Civil sobre la capacidad de las personas y su modificación o limitación externa, indica:

Artículo 36. La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal; en las personas jurídicas, por la ley que las regula.

En relación con la limitación de la capacidad jurídica mediante el análisis de la capacidad volitiva o cognoscitiva, en realidad provocaba en el pasado una mutilación de los derechos humanos, se concebía el goce de algunos derechos como la vida, salud (rezagándose en algunos países de la región en un sistema asistencial), etc. y se privaba de la capacidad de obrar cercenando siquiera la posibilidad de la idea de reinsertarlos a la sociedad.

En contraposición con el contenido tan formalista, literal y limitativo del

precepto citado, puede analizarse la Ley de Autonomía, con el objetivo de servir de contrapeso y ajustar la balanza de forma más equitativa en la administración de justicia, en virtud de que el artículo 1 párrafo 1 del instrumento citado, indica cuál es el objetivo de la misma; “promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal”. Se orienta entonces en alejar creencias que se traducen en prejuicios que dificultan el acceso a la justicia a las personas con discapacidad, aspectos estos que si son analizados con los lentes del género, veremos que son herencia del patriarcado imperante en casi la totalidad del mundo.

De vital importancia resulta el contenido que se desprende del artículo 2 (Ley 9379) en virtud de que al respecto proyecta una serie de conceptos claves para el abordaje de la discapacidad, ceñido en un modelo de derechos humanos, tales como:

Discapacidad: concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con discapacidad y las barreras debidas a la actitud y el entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Personas con Discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En el caso de las personas menores de edad, en la medida en que esta ley sea aplicable, se procurará siempre seguir su interés superior.

Es así como dicho precepto jurídico se propone diferenciar, de forma expresa, la discapacidad y a las personas con discapacidad, entendiendo la discapacidad como toda aquella barrera que impide o restringe que las personas gocen de igualdad de condiciones de quien por ejemplo puede circular libremente sin ningún obstáculo por no necesitar de infraestructura

especial y adecuada frente a quienes sí lo requieren. Por otro lado, el concepto de personas con discapacidad trata de abarcar y visibilizar a hombres, mujeres, personas menores de edad, adolescentes y personas adultas mayores, que vivan en condiciones que les restrinjan su interacción con la sociedad por mantener deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que logrando a mi concepto en este acápite la ley, tratar de insertar poco a poco el tema de ejercicio pleno de facultades y derechos.

En definitiva y en lo que respecta al tema de la capacidad jurídica, las personas juzgadoras están llamadas a realizar un control de convencionalidad difuso, orientado en efectivizar los derechos humanos de las personas con discapacidad en especial, evidenciado que el ordenamiento jurídico se encuentra permeado de dichas normas-principios y que en sus resoluciones judiciales la motivación constituya la piedra angular en cuanto a las restricciones que sea posible establecer; respecto de la capacidad jurídica

De entre los muchos aspectos novedosos que introduce la Ley 9379, ubicamos el derecho a la autonomía personal, el cual constituye el estandarte que evidencia la necesidad del reconocimiento integral de la dignidad humana de quien tiene discapacidad o es una persona con discapacidad, visibilizándolas y evitando su muerte civil, sustituyéndose los anteriores procesos de insania por los procesos de salvaguardias con los que se garantiza el “reconocimiento pleno de la igualdad jurídica”, tratando de ser el medio para que la persona con discapacidad y discapacitada ejerza sus derechos; considerándose su mejor interés efectivizando el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Aunado a lo anterior, encontramos de suma relevancia el contenido del artículo 5 de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad (Ley 9379), el cual literalmente dispone:

Artículo 5.- Igualdad jurídica de las personas con discapacidad

Todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica, lo que implica:

- a) El reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar.
- b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses.
- c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona.

Para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, en un marco de respeto a su voluntad y preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida, se establece la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, que será proporcionada y adaptada a la circunstancia de la persona. Este procedimiento se tramitará de conformidad con lo establecido en la presente ley y en la Ley N.º 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, y sus reformas. La persona que el juez o la jueza designe para ejercer la salvaguardia se denominará garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

Precepto jurídico en el cual también subyace un presupuesto que orienta la responsabilidad civil, en virtud de que se prevé como un derecho humano, garantizar a la persona con discapacidad la posibilidad de ejercicio o de obrar en relación con los derechos civiles, políticos, reproductivos y familiares. Sin embargo, deberá evaluarse por la persona juzgadora, las limitaciones que se requieran, en atención al mejor interés de la persona con discapacidad y así como entra en juego el rol que desempeñará como mecanismo de salvaguardia el o la garante que al efecto se designe.

Así, las personas administradoras de justicia han dotado de contenido aspectos jurídicos y procesales tales como la capacidad de obrar y la capacidad

de ejercicio, para tal efecto se citan los votos siguientes:

Tribunal Contencioso Administrativo Sección II mediante voto 1441-2010, de las catorce horas cinco minutos señaló:

La capacidad jurídica se le debe entender como aquella aptitud legal que tienen las personas físicas y las personas jurídicas de adquirir derechos y contraer obligaciones, inherente a todo sujeto de derecho, y por otra parte la denominada capacidad de actuar es una aptitud para obligarse y por supuesto en cuanto a las personas físicas es limitada por su estado mental, de salud, edad.

Voto 00311-16 del Tribunal de Familia Materia de Violencia Doméstica, de las dieciséis horas dieciocho minutos del tres de agosto del dos mil dieciséis, señaló en el tema que nos ocupa:

Es claro entonces, que el señor [Nombre 002] pese a contar con capacidad jurídica no tiene capacidad procesal. En Costa Rica, según el artículo 36 del Código Civil, "la capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto a las personas físicas, se modifica o se limita según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su incapacidad legal, en las personas jurídicas, por la ley que las regula". Además, el artículo 41 ídem regula que "los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva y cognoscitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos". Pueden ser partes procesales todas aquellas personas que puedan adquirir derechos y contraer obligaciones, eso quiere decir que, las personas que no tienen capacidad volitiva o cognoscitiva o bien la tenga limitada, no son capaces de entender en forma adecuada que tienen derechos y obligaciones. La capacidad procesal deriva de la capacidad de ejercicio (obligarse a sí mismo y disponer de bienes), en consecuencia, estas personas no pueden ser sujetos procesales y no pueden actuar por sí mismos sino mediante

representación. En este asunto está comprobado, mediante una pericia forense científica, que el señor [Nombre 002] padece trastorno esquizoafectivo y debido a esta enfermedad la interpretación que realiza de la realidad es anómala y no puede adecuar su conducta más que la interpretación que él mismo le da pese a cumplir con su esquema farmacológico, por lo cual, este Tribunal considera que el juzgado a quo no debió otorgar medidas de protección sin antes haber realizado una valoración adecuada al presunto agresor, mucho menos, haber ordenado la notificación, acto procesal que con el resultado citado, es claro que esta persona no comprendió que a partir de allí adquiere obligaciones que debe cumplir, si no es capaz de entender eso nos preguntamos ¿cómo podría la Fiscalía atribuirle un delito por incumplimiento o desobediencia si podría ser inimputable?. En materia penal, mucho se ha discutido sobre las personas con discapacidad mental a quienes se les imponen medidas de seguridad. La Sala Constitucional, ilustra sobre la atención de la persona con sus capacidades superiores disminuidas o comprometidas, cuando establece que: "III. Las medidas de seguridad son medios especiales preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por las autoridades judiciales a aquellas personas que nuestro ordenamiento jurídico penal califica de 'inimputables', con el fin de 'readaptarlos' a la vida social, sea con medidas de educación, de corrección o curación. Son medidas de internamiento en centros hospitalarios o centros técnicos especializados en la atención de discapacitados mentales. Así lo establece el artículo 101 del Código Penal: 'Las medidas de seguridad son curativas, y de vigilancia. Son medidas curativas: 1.) El ingreso a un hospital psiquiátrico; y 2.) El ingreso en un establecimiento de tratamiento especial y educativo.' Suponen la separación del 'inimputable' de la sociedad, como una medida preventiva en razón de la protección de la misma y como medida 'curativas' para el inimputable. Así, el internamiento del enajenado en un establecimiento psiquiátrico

responde a estas necesidades, por el bien de la comunidad y del mismo inimputable, por cuanto es necesario y preferible, tratar al discapacitado mental con una medida adecuada a su personalidad". Voto 2586-93..."

Nótese que en las resoluciones judiciales citadas, el norte para la administración de justicia, aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico aplicable en los procesos en los cuales intervengan como partes personas con discapacidad, el tema de la capacidad de actuar y la capacidad jurídica, hasta antes del año 2016, se centró en invisibilizar y desplazar a la persona que carece de las mismas, construyendo desde esta perspectiva, un vil atropello a sus derechos, en sintonía con el ideal de la insania.

Al respecto la capacidad jurídica que se estatuye dentro del Código Civil, a partir de la Ley 9379, debe experimentar un cambio en la forma en la que debe interpretarse en relación con las personas con discapacidad, a fin de hacerla más coherente con un sistema de derechos humanos más incluyente, equitativo y justo, permeado por el principio-derecho de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, en este punto, es necesario que la persona con discapacidad comprenda que no sólo se trata de la titularidad de derechos que conlleva al ejercicio de los mismos, pues también implica una necesaria correlación con las obligaciones que también se contraen. Los derechos no son absolutos y el límite de un derecho lo constituye el derecho de otra persona que se encuentra en la misma posición de protección de derechos ante el ordenamiento jurídico.

B) La Capacidad Jurídica desde la Perspectiva de los Derechos Humanos.

El cambio de paradigma que plantea e impone la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, es en definitiva sumamente retador, implica la superación de los anteriores modelos de tratamiento de la

discapacidad y exige en lo sucesivo, partir de que todo ser humano goza de igual capacidad jurídica; exigencia que subyace en dos importantes soportes; por un lado el reconocimiento y efectivización de la capacidad de ejercicio de los derechos (incluyendo no solo los derechos económicos, sociales y culturales, sino también los derechos civiles y políticos) y por el otro; el no establecimiento de límites, sino más bien la tarea de crear institutos jurídicos que posibiliten el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las personas con discapacidad; como lo constituyen actualmente las salvaguardias.

Así las cosas, son principios como el de la autonomía y el de igualdad y no discriminación los que permean la nueva concepción de la capacidad jurídica de ejercicio de los derechos; mismos que a su vez requieren fortalecer la autonomía; lo cual conllevará a una consolidación del ejercicio de los derechos mediante la inclusión en plenitud de todas las personas con discapacidad, efectivizando el principio de vida independiente.

Resulta conveniente aclarar que la igualdad en sus inicios, fue concebida en un contexto histórico específico (Revolución Francesa), en el cual es promulgada desde el componente formal normativo y que de ninguna manera implicó la idea de tomar en cuenta las circunstancias de las personas. Su finalidad era acabar con las desigualdades y los privilegios de ciertas minorías, ampliándose así el acceso a tales privilegios por otros sujetos a quienes se les vedaba tal posibilidad (personas con dinero, pero sin el poder de las monarquías). Sin embargo, la igualdad desde la perspectiva actual de los derechos humanos, plantea como premisa fundamental que todos y todas somos iguales en titularidad y ejercicio de los derechos que nos han sido reconocidos por el simple hecho de encontrarnos dotados de dignidad humana.

El reto que se impone es el abordaje de la discapacidad, dejando a un

lado la visión que planteaban el modelo paternalista o asistencialista y siguiendo un modelo de derechos humanos.

Principios orientadores que servirán también como normas de procedimiento para las personas juzgadoras cuya responsabilidad sea la administración de justicia sobre derechos de las personas con discapacidad e indistintamente la materia:

Abordaje de la Discapacidad desde el Modelo Social y de Derechos Humanos.

Bajo este modelo de abordaje, la discapacidad es concebida como un asunto de derechos humanos que convierte a la persona con discapacidad en el centro del proceso reconociéndole su dignidad humana y requiere dejar completamente abolido la visión asistencialista y de una vez por todas reconocer que el problema es la sociedad y sus barreras. Este principio es recogido a partir del preámbulo de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad así como en el artículo 3, así se debe partir de que las personas con discapacidad como cualquier otra persona tienen mucho por aportar a la sociedad, es decir acentuar sus capacidades y no su discapacidad.

Mayor protección de los derechos de las personas con discapacidad (principio pro persona)

Enfatizamos aquí, que el principio pro persona es el criterio de interpretación en materia de derechos humanos, el cual debe observarse en todas y cada una de las etapas del proceso de salvaguardia debiendo elegirse siempre aquella interpretación de la norma jurídica que mejor proteja a la persona con discapacidad; principio que es recogido en el preámbulo de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad así como en el artículo 3 en relación con el artículo 1 y 3 del Reglamento de la Ley 9379.

Igualdad y No Discriminación

Ninguna persona puede ser objeto de discriminación por motivos de la discapacidad, sin embargo, se requiere efectivizar tal principio logrando así una verdadera igualdad material y no sola la igualdad formal que se postula, evitando con ello incluso la posibilidad de una inminente discriminación múltiple. La labor de la persona juzgadora en este punto se orienta básicamente en eliminar cualquier forma de discriminación que coarte el derecho de acceso a la justicia y a su vez ello implica administrar justicia con perspectiva de la discapacidad y basada en la equidad.

Accesibilidad.

Constituye este principio la garantía de efectivización de la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos hacia las personas con discapacidad lo que conlleva a la eliminación de cualquier tipo de barrera concibiéndose así una accesibilidad universal.

Respeto a la Dignidad Inherente, la Autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.

Implica necesariamente el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica a todas las personas con discapacidad; traslada su atención en la voluntad, preferencias y libertad en la toma de decisiones y no en la del garante para la igualdad jurídica o del asistente personal. Se garantiza el derecho de las personas con discapacidad a participar en el proceso y a ser escuchados y que sus opiniones y/o decisiones sean tomadas en cuenta en consideración a su mejor interés e indispensablemente efectivizando el principio por persona, al que ya hemos hecho referencia estableciendo para tal efecto servicios de apoyo y salvaguardias a favor de las personas con discapacidad.

Participación e Inclusión Plenas y Efectivas en la Sociedad

No basta con el reconocimiento de los derechos, se requiere efectivizarlos provocando que las personas con discapacidad tengan participación plena y efectiva en la vida en sociedad y de esa manera ejerzan por sí mismos tales derechos; ello se relaciona con los principios de vida independiente, no discriminación y accesibilidad universal a los cuales ya se ha hecho referencia los cuales encuentran su base y razón de ser en el reconocimiento de la autonomía personal.

Respeto por la Diferencia y la Aceptación de la Discapacidad como parte de la Diversidad y la Condición Humana.

Este principio postula que para lograr una participación plena y efectiva de las personas con discapacidad, se requiere obligatoriamente la eliminación de cualquier abordaje negativo de la discapacidad, ya sea desde las barreras arquitectónicas como las barreras que imponen las actitudes de la sociedad y en su lugar se debe asumir un abordaje positivo e integral de la discapacidad partiendo de que las personas con discapacidad son titulares de derechos y ello requiere que las personas juzgadoras realicen una consideración especial de los diferentes tipos de discapacidad que existen e identificar las medidas que deben implementarse a fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

Así observamos que, el estudio de la capacidad jurídica desde la perspectiva de los derechos humanos nos obliga a realizar una integralidad de las normas encontrando que para ello se requiere partir de principios que subyacen finalmente en la efectivización de estándares mínimos de protección y efectivización de derechos fundamentales y que conllevan a cimentar un camino sólido hacia una comprensión más abierta y acorde con el modelo de social y de derechos humanos que impera aproximadamente desde el año 2006 con la aprobación de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

C) Capacidad de Ejercicio versus Capacidad de goce.

Tal como se ha afirmado a lo largo de la presente investigación, todas las personas, sin distinción de ninguna categoría, tenemos derechos; es así que un atributo de las personas naturales o físicas es precisamente que incluso antes de nacer nos convertimos en titulares de derechos tal como lo constituye el derecho a la vida, penalizándose el aborto, aunque correlativamente también somos portadores de obligaciones, así afirmamos que los derechos no son absolutos, tienen límites y es necesario en casos concretos establecer los alcances de los mismos.

En el mismo orden de ideas, el Código Civil Costarricense plantea que la existencia de una persona, principia al nacer (artículo 31). Es decir, la persona humana adquiere personalidad jurídica a partir de su nacimiento, sin que para el legislador sea importante si el parto se produce naturalmente o mediante un procedimiento quirúrgico. Lo anterior nos conlleva a concluir que antes de que se produzca el nacimiento, el sujeto no va a tener personalidad jurídica; todo derecho distinto a la vida, salud y alimentación del no nacido, queda subordinado al nacimiento.

Entendemos que capacidad; desde la perspectiva jurídica, es una facultad que viene atribuida al individuo desde el momento que nace hasta el momento en que muere; sin embargo, este término se desdobla en dos aspectos de suma importancia y relevancia en cuanto a los efectos que produce: “capacidad de goce” y “capacidad de ejercicio”. Se dice que en una persona generalmente se subsumen y consolidan ambos aspectos; pues desde la perspectiva de los derechos fundamentales, se eliminó la existencia de la muerte civil; específicamente en las personas con discapacidad.

Ubicamos entonces, la capacidad de goce como aquella aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones; si se negase dicho

atributo, desaparecería la personalidad del sujeto y se debe garantizar que dicha aptitud se mantenga a lo largo de la existencia del sujeto.

En relación con la capacidad de ejercicio o capacidad de obrar como también es conocida; no es otra cosa que la aptitud de las personas para ejercer por sí mismas sus derechos, formar parte de relaciones que creen vínculos jurídicos y produzcan obligaciones. Este atributo, a diferencia de la capacidad de goce, plantea que puede variar a lo largo de la vida de una persona por circunstancias que les sean atribuibles tales como, la discapacidad o la interdicción civil como pena accesoria, luego de declararse algún tipo de responsabilidad sobre específicos tipos penales (aquellos que conlleven a la privación de libertad)

Capacidad de Goce	Capacidad de Ejercicio
Aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones.	Aptitud de la persona humana para adquirir y ejercer derechos por sí misma.

Obsérvese entonces, que la discapacidad no puede de ninguna manera limitar arbitrariamente las facultades de goce y ejercicio de nuestros derechos, asimismo diríamos que es muy perverso pensar que un Estado (que no puede legitimarse a sí mismo) legitime tales violaciones a derechos humanos y fundamentales. Por el contrario, debe ser el Estado quien los reconoce (pues el legislador no crea derechos) y trata de que sean efectivizados, creando para tal efecto los medios para ejercitarlos adecuadamente y sin causar daños o perjuicios a terceros.

D) La Capacidad Jurídica y de Actuar de las Personas con Discapacidad en Costa Rica, según el espíritu del ordinal 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias consistirán en proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas, para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no

sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) citado en las líneas que anteceden y cuyo título es: "Igual reconocimiento como persona ante la Ley"; a criterio de las y el investigador, supone el planteamiento de tres preguntas que tienen importancia y relevancia, no solo para las personas juzgadoras de la jurisdicción del derecho de familia sino para todo el sector de administración de justicia, resultando necesario ubicarnos en el contexto real que plantea dicho ordenamiento jurídico, definiendo a partir de ella los siguientes supuestos:

- Replanteamiento de la capacidad jurídica desde la perspectiva de los derechos humanos, basada en los parámetros planteados por la CDPD.
- ¿Existe desde dicha perspectiva diferencia entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio?
- La tutela que de ella se desprende; ¿legítima activamente a todas las personas con discapacidad?

Se parte de que la persona humana constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado, por ende, no se debe permitir ni emplear el derecho para legitimar normas jurídicas que resulten contradictorias con el reconocimiento de los derechos humanos. Es decir, no se debe permitir que en un cuerpo normativo exista una doble moral; por una parte, reconocer que todas las personas tenemos personalidad jurídica y por otro negarle capacidad de ejercicio; es decir, negar una legítima capacidad de obrar por sí mismas acorde con el principio de vida independiente y autonomía.

Acorde con dicho instrumento; conviene citar el artículo I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

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

Cuando referimos el tema de los derechos humanos, se requiere ser conscientes de que son derechos inherentes a toda persona humana, sin distinción respecto de factores como la nacionalidad, domicilio, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. La dignidad constituye un atributo que es inseparable de la persona humana y por ende exige de parte del Estado, un respeto absoluto que va desde la efectivización de todo derecho humano y se extiende hasta la interpretación del ordenamiento jurídico de forma integral.

Es así como el derecho internacional de los derechos humanos coloca en pugna a los Estados y les obliga a colocarse los lentes de la igualdad y no discriminación, a fin de evidenciar lo discriminatorias que resultan sus normas para algunas personas en condición de vulnerabilidad; especialmente cuando se trata de personas con discapacidad y partir de ello para propiciar acciones afirmativas que propicien a su vez una discriminación positiva hacia dichas personas.

En otras palabras, se podría afirmar que sobre la base del principio-derecho de igualdad, en algunas normas se legitima el establecimiento de diferencias que buscan un trato igual de situaciones no idénticas, que impone automáticamente la prohibición de discriminación en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos.

La relevancia de la normativa internacional, en lo que respecta a los derechos humanos, podríamos decir es el resultado de una moral intersubjetiva, compartida por los miembros de la comunidad internacional y que atraviesa un filtro de racionalización para posteriormente constituirse en un punto de partida para la legitimación y justificación de los derechos humanos. Como es sabido, en la mayoría de los casos la normativa desarrollada y dirigida hacia las personas con discapacidad en realidad se ha creado a partir de ideas

que se alejan del ideal de los derechos humanos. Por lo tanto, se vuelven así en peligrosas herramientas que han legitimado y por ende habilitado una terrible discriminación hacia dicho colectivo, produciendo como resultado la vulneración de derechos.

En ese sentido es como la CDPD surge como un estandarte que procurará, en la medida de lo posible, devolver a las personas con discapacidad los atributos de la personalidad jurídica en completa igualdad con el resto de las personas, convirtiéndolos en sujetos y no en objetos; cuya muerte civil se producía casi de inmediato luego de su nacimiento o en un momento posterior por una discapacidad que les sobreviniera.

Se requiere, a partir de la CDPD, comprender que no son las limitaciones que tiene una persona las que constituyen el origen de la discapacidad, por el contrario son las limitaciones que la misma sociedad impone lo que provoca una vulneración a los derechos humanos en virtud de que no considera en plenitud las necesidades de las personas con discapacidad en la vida en sociedad; esto conlleva necesariamente a reconocer que las personas con discapacidad también tienen una dignidad humana que no debe ser mancillada, debido a que la sociedad no comprenda dicho alcance y a su vez implica la necesidad de reconocerles su capacidad y no enfocarse en su discapacidad.

Gerard Quinn, citado por Agustina Palacios (Palacios, 2008, pág. 156) señala que:

...probablemente, el debate más importante que genera la discapacidad en el ámbito de los valores, radique en el modo en que debería ser abordada la diferencia humana, y en el modo en que la humanidad esencial debiera ser respetada, más allá de la diferencia en cuestión. Si nos aproximamos al postulado de la dignidad humana, que resume la simple idea de que todas las personas son fines en sí mismas, observamos que en la práctica, la mayor parte de nuestras sociedades valoran al ser humano en razón de su utilidad. Si nuestra utilidad es disminuida o limitada (o mejor

dicho, percibida como disminuida, reducida) entonces nuestro valor como seres humanos también tiende a disminuir.

Acorde con tal afirmación, nos ubicamos en el contexto de la CDPD en su artículo 3, que enuncia los principios generales de dicho instrumento; aspecto importante en virtud de que en caso de oscuridad serán dichos principios los que orienten y den luz a la interpretación de cualquier ordenamiento jurídico que regule aspectos como la capacidad jurídica. Así el literal a del precepto citado, señala: “a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;” así que analizamos la autonomía personal como aquella facultad que tenemos las personas para tomar decisiones y a partir de ello; aspirar a un proyecto de vida realizable, al menos desde la perspectiva formal normativa.

Sin embargo, en la cotidianeidad se observaba la negación a tal derecho, pese a la vigencia de la CDPD y en el caso específico de las personas con discapacidad, en Costa Rica no ha sido sino hasta luego de que se crearan leyes como la Ley 7600, que ha sido posible surcar un camino propicio para comenzar poco a poco con la efectivización de algunos derechos. Consideramos que a partir de la CDPD y en total sintonía con la Ley 9379, la posición de al menos el sector administración de justicia, será la efectivización de los institutos jurídicos creados (salvaguardias) cuya finalidad será garantizar a las personas con discapacidad. De esta manera se otorga la asistencia que requieran a fin de alcanzar el ideal de una vida independiente y abolir la práctica de la sustitución de su autonomía, que conllevaba a la eliminación del atributo de su personalidad; negándoles a su vez el reconocimiento de su dignidad humana, aspecto este que constituye el vértice de los derechos humanos.

En el mismo orden de ideas, conviene citar la postura de Rafael de Asís Roig (Roig, 2016) respecto de que la teoría de los derechos humanos se encuentra fundada sobre un modelo de persona, que es caracterizada,

principalmente, por su “capacidad” para razonar, por su “capacidad” para sentir y por su “capacidad” para comunicarse.

A partir de dicha afirmación, el autor señala que existen dos tipos de personas; por una parte, aquellas a quienes se les categoriza como digna por poseer capacidad de razonar, sentir y comunicarse, atributos que servirán para la efectivización de sus respectivos proyectos de vida. Por otro lado, afirma que existirían personas desposeídas de tales atributos y por ende sólo les serían atribuibles ciertos derechos y por ende se les negaría el reconocimiento de la dignidad humana, ya que esta sería el resultado de una construcción social esbozada por sujetos “capaces” y por ende facultados para negársela. Así, él señala que esos tres rasgos son graduales, relativos y abstractos.” Lo que conllevaría a la necesidad imperiosa de replantear el concepto de dignidad humana, apelando a tres ideas que en su opinión deberían ser analizadas: la diferencia en las capacidades, la potencialidad de las capacidades, y la reflexión sobre la dignidad en las posibilidades.

En relación con el análisis de la diferencia en las capacidades, señala que es necesario estar conscientes de la existencia de una desigualdad de hecho entre sujetos, en lo referente a la calidad como al ejercicio de esas capacidades. Se entiende que todos los sujetos poseemos esas capacidades, sin embargo no todos cuentan con el mismo talento. Al respecto indica, que se requiere considerar que son muchos los criterios que se emplean para definir la dignidad; pero que el valor de las personas se sitúa muy por encima del papel que en la sociedad se les asigne, en tal sentido señala imperantemente “...la importancia que en la discusión moral tiene (debe tener) la idea de individuo, previa al examen de su papel en la sociedad.”

Por ello afirma que el examen sobre las capacidades es, sin duda, relevante, pero no tiene que condicionar el discurso (no puede hacerlo en un primer momento).” Asimismo, indica también que se requiere analizar de dónde provienen el origen de la diferencia en el talento; es decir por qué se produce y

si la misma es natural o construida, apuntando a que es necesario ser conscientes de que “el sujeto capaz y con talento” puede serlo porque ha tenido acceso a cosas que “el sujeto discapaz o sin talento no ha podido acceder. (Roig, 2016) . p.9

En gran parte, el análisis del autor subyace en la relación errónea de que “a mayor talento (mayor capacidad de razonar, sentir y comunicarse) mayor dignidad”, esto en virtud de que la dignidad siempre será la misma para toda persona humana.

La segunda idea analizada por Rafael de Asís, relacionada con la potencialidad de las capacidades, implica la necesidad de ser conscientes de que existen personas que pueden tener disminuidas sus capacidades para razonar, sentir y comunicarse; ya sea de forma temporal o permanente, lo que no significa de ninguna manera negarles la posibilidad de desarrollarse y ser concebidos como personas dignas. Por el contrario, ello conlleva a la necesidad de crear y emplear medios para lograr su desarrollo, efectivizando el principio de vida independiente.

Finalmente, la tercera de las ideas planteadas, se relaciona con la dignidad en las posibilidades, pues la idea de capacidad se encuentra ligada a ella. En ese sentido señala como fundamental la necesidad de luchar contra aquello que provoca la imposibilidad, sea esta natural o construida por la sociedad y no limitándose al aspecto físico sino también al intelectual; asimismo tiene como imperativo ser conscientes de que no existe una única forma de razonar, sentir y de comunicarse como tampoco existe un único modo de concebir un proyecto de vida.

Sin duda alguna que las ideas planteadas por Rafael de Asís, son sumamente importantes y enriquecedoras en la presente investigación, en virtud de que se encuentran enfocadas desde la perspectiva de los derechos humanos, constituyéndose piedra angular de su razonamiento el hecho de que

la dignidad humana no debe por ningún motivo estar condicionada por la razón. De lo contrario, resultaría discriminatorio, negándose así la dignidad a las personas con discapacidad, pues la dignidad es un atributo inherente a toda persona humana, más bien se trata de propiciar una igual dignidad que conlleve a un concepto que la defina de forma inclusiva.

E) La Capacidad jurídica y de Actuar de las Personas con Discapacidad contenida en la Ley de la Autonomía Personal N°9379 y su Reglamento.

En la presente sección trataremos de abordar temas que impactan directamente con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad tales como:

- 1) Personalidad jurídica: Término jurídico por medio del cual se reconoce a todo ser humano como persona ante la ley, en todas partes y por el mero hecho de existir, por ello le corresponde automáticamente los derechos y deberes que la sociedad ha definido para todos sus integrantes.
- 2) Capacidad jurídica: Término jurídico utilizado para indicar que toda persona física, en razón de su condición humana, es titular de derechos y obligaciones.
- 3) Capacidad de actuar: Término jurídico utilizado para referirse al atributo con el que cuentan las personas físicas, en razón de su condición humana, para el ejercicio legítimo de derechos, la adquisición de obligaciones, realizar actos con efectos jurídicos y la atención de sus propios intereses. El régimen de capacidad de actuar de las personas menores de edad del Código Civil no es modificado por la Ley N° 9379 ni por este reglamento, únicamente en el reconocimiento que a las personas menores de edad con discapacidad les aplica el mismo régimen.

4) Igualdad jurídica de las personas con discapacidad: Implica que las personas con discapacidad, en igualdad de condición con los demás y en todas partes, cuentan con personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de actuar, puesto que estas instituciones son indispensables para el ejercicio de la mayoría de derechos humanos y la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad.

El objetivo central de dichos instrumentos jurídicos es uno; garantizar a las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, como para el resto de las personas, el ejercicio pleno de sus derechos; constituyéndose el motor de los mismos el contenido que se desprende del artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que postula el “Igual reconocimiento como persona ante la ley”. Así se va introduciendo la idea de una capacidad jurídica universal a la que se garantiza correlativamente el ejercicio del derecho a su autonomía personal, efectivizándose el principio de igualdad y no discriminación y la posibilidad de asumir responsabilidades.

Es el artículo 2 literal d, contenido en la Ley 9379, define lo que legalmente se debe comprender por este relevante derecho de la autonomía personal:

d) Derecho a la autonomía personal: derecho de todas las personas con discapacidad a construir su propio proyecto de vida, de manera independiente, controlando, afrontando, tomando y ejecutando sus propias decisiones en los ámbitos público y privado.

Implica el respeto a los derechos humanos, así como los patrimoniales de todas las personas con discapacidad, por lo que se garantiza su derecho a ser propietarios, heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos, tener acceso a préstamos bancarios, hipotecarios y

cualquier otra modalidad de crédito financiero, además de la garantía estatal de que no serán privados de sus bienes de manera arbitraria.

Igualmente, la autonomía personal trae consigo el respeto a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, como también del ejercicio de los derechos civiles y electorales, entre otros.

Obsérvese que, bajo este derecho, a su vez se tutelan derechos de suma importancia, tales como: el derecho a ser escuchados y que sus opiniones y voluntad sean tomados en cuenta antes de que cualquier otra persona adopte una decisión que les beneficie o afecte directa o indirectamente. Se debe garantizar el acceso y tutela de derechos patrimoniales, garantía de ejercicio de sus derechos civiles y electorales, así como el respeto hacia sus derechos sexuales y reproductivos. Derechos estos, a los que en momentos anteriores se les vedaba la idea siquiera de opinar al respecto, debido a que solamente eran objeto de protección y no titulares de derechos, conforme lo señalaba el modelo asistencialista.

Así las cosas, el Estado Costarricense como Estado parte de la comunidad internacional y Estado suscriptor de la CDPD y posteriormente con la promulgación de la Ley 9379 y su reglamento, contrajo dos obligaciones, la primera de ellas en el plano internacional; debido a que los tratados deben cumplirse de buena fe tal como lo postula la Convención de Viena Sobre Derechos de los Tratados y la segunda consiste en la efectivización de las normas que informan el derecho interno, constituyéndose así el norte de su aplicación, el respeto y reconocimiento de la dignidad humana; y es precisamente en esta segunda que el tema de la capacidad jurídica mueve los cimientos que desde siempre han existido en torno a la discapacidad.

Así, internamente el Estado Costarricense debe cumplir por medio de todas sus dependencias y tres poderes y en el ámbito privado, las obligaciones

de respetar y garantizar en consonancia con la norma de la debida diligencia que tan ampliamente ha dotado de contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (norma que se incorporó en 1988 en el sistema interamericano de derechos humanos mediante sentencia en el Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras) lo siguiente y de conformidad con el reglamento:

- 1) Respetar, proteger y hacer realidad el derecho de todas las personas con discapacidad al reconocimiento de su igualdad jurídica.
- 2) Garantizar que no se promuevan, autoricen o ejerzan acciones u omisiones que sean discriminatorias por motivos de discapacidad, en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de actuar de todas las personas con discapacidad, así como el ejercicio de esta última.
- 3) Impartir capacitación a las personas que reciben apoyo en el ejercicio de la capacidad de actuar, para contribuir a que puedan decidir informadamente cuándo necesitan más o menos intensidad en los apoyos o cuándo ya no lo necesitan, en todos los ámbitos de la vida. Capacitación que también debe brindarse a las personas que ofrecen dicho apoyo, con la finalidad de que lo ofrezcan de conformidad con el paradigma de abordaje de la discapacidad desde los derechos humanos y según las disposiciones de la Ley N° 9379 y el reglamento, de modo que las personas con discapacidad vivan el derecho a la autonomía personal, en igualdad de condiciones con los demás.

Para hacer efectivas tales obligaciones se crea el Consejo Nacional de las Personas con Discapacidad (de ahora en adelante Conapdis), como ente rector en discapacidad, debiendo encargarse de asesorar, coordinar y fiscalizar los procesos de capacitación que sobre la autonomía personal de las personas con discapacidad realicen personas físicas, jurídicas e instituciones del Estado y privadas; sin detrimento de las capacitaciones que el Conapdis realice directamente al respecto.

Es necesaria que la capacitación señalada se extienda hacia niñas, niños y adolescentes con discapacidad, sus familias, representantes legales u organizaciones legalmente constituidas que les representen para apoyarles en su proceso de empoderamiento, desde edad temprana, al reconocimiento de su igualdad jurídica ante la ley, identificando y potenciando habilidades y capacidades.

Las salvaguardias se incorporan a favor de las personas con discapacidad como aquellos mecanismos o garantías adecuadas y efectivas con las que se logra el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las personas con discapacidad. Así se disminuyen las posibilidades de que las personas con discapacidad sufran abusos que provoquen la vulneración de derechos humanos; dichos mecanismos se orientan en el respeto a los derechos, voluntad, preferencias e intereses de la persona con discapacidad, además de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona, debiendo aplicarlas en el plazo más corto posible y estar sujetas a exámenes periódicos, por parte de autoridad competente.

Aunado a lo anterior, constituye también piedra angular de la Ley 9379 el principio filosófico de vida independiente, lo que conlleva a propiciar que las personas con discapacidad asuman el control de su propio proyecto de vida y conforme a este tomen decisiones; promoviéndose desde esa perspectiva el ejercicio legítimo y necesario de la autonomía y la determinación como derechos fundamentales, confiriéndoles la posibilidad de asumir las responsabilidades que sus decisiones conlleven y el derecho a ser parte activa dentro de la comunidad que la persona elija, sin importar el grado de discapacidad que presente y si para lograrlo requiere el uso de productos y servicios de apoyo, de la asistencia personal o del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

Lo anterior nos conlleva al estudio de las figuras del asistente personal y del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y de productos y servicios de apoyo como medios idóneos para garantizar la igualdad jurídica que se traduce necesariamente en la capacidad de ejercicio; así el artículo 2 antes citado postula en sus literales e, k y l las siguientes definiciones:

e) **Productos y servicios de apoyo:** dispositivos, equipos, instrumentos, tecnologías, *software* y todas aquellas acciones y productos diseñados o disponibles en el mercado para propiciar la autonomía personal de las personas con discapacidad.

k) **Asistente personal:** persona mayor de dieciocho años, capacitada para brindarle a la persona con discapacidad servicios de apoyo en la realización de las actividades de la vida diaria, a cambio de una remuneración.

l) **Garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad:** persona mayor de dieciocho años que, para asegurar el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones. Para los casos de personas con discapacidad que se encuentren institucionalizadas en entidades del Estado, el garante podrá ser una persona jurídica. (el resaltado no es del original).

Las tres definiciones coadyuvan a que se devuelva la dignidad de las personas con discapacidad, quienes deben ser visibilizadas y no sustituidas o reemplazadas; señalando al respecto que existirán casos como el de las personas con discapacidad que se encuentren en situación de compromiso del estado de conciencia; es decir aquellas personas que enfrenten barreras que impiden la comunicación y que aun con la utilización de apoyos diversos y

ajustes razonables, no se logra establecer su comunicación e interacción con el entorno.

La adopción de tales salvaguardias será de diversa intensidad (menor, media y mayor) la cual dependerá específicamente de la situación concreta y de conformidad con lo establecido para tales fines en la Ley N° 9379 y su reciente reglamento; ambos instrumentos cuya naturaleza jurídica nace a la luz de los principios orientadores de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El reglamento de la Ley 9379 (Reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, 2018) establece en su parte conducente en el artículo 8 que:

...Así por ejemplo, **un apoyo más intenso** podría ser el que brinde la persona garante a una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, quien podrá consentir para un acto concreto. Ante el supuesto de una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia; la determinación del apoyo intenso y la forma en que se brinda, siempre tendrá que tener como fundamento la voluntad y preferencias, para ello se puede recurrir a procedimientos multidimensionales, tales como trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas que la persona hubiese realizado con anticipación a recibir este tipo de apoyo.

Un apoyo medianamente intenso, será, por ejemplo, el firmar conjuntamente ante notario o en gestiones administrativas.

Un ejemplo de apoyo menos intenso, es aquel en el que la persona

brinda orientación, hace más comprensible la información, y aconseja acerca de las consecuencias y efectos del acto. En los dos últimos supuestos, garantizando que la información sea asimilada por la persona con discapacidad que recibe el apoyo. Y en los tres tipos de apoyo, según el caso en concreto, se debe garantizar que prevalezca la voluntad, gustos y deseos y preferencias de la persona que recibe el apoyo.

Nótese que la intención del legislador parte de que, a menor grado de la discapacidad, mayor será la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad y por ende menores serán también las obligaciones del garante para la igualdad jurídica y del asistente personal quienes a su vez deberán cumplir con tales obligaciones a partir de la voluntad de quien recibe el apoyo; claro es que para algunas de estas personas será fácil manifestar cuál será su voluntad, sin embargo para aquellos casos en los que las personas se encuentren en situación de compromiso del estado de conciencia, se requerirá por parte de la persona juzgadora; ordenar un abordaje del caso concreto que implicará un estudio más profundo del contexto a través del auxilio de todo un equipo interdisciplinario que traducirá al órgano jurisdiccional a partir de la trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas que la persona hubiese realizado con anticipación a recibir este tipo de apoyo.

Con lo expuesto anteriormente se aclara que se gradúan la intensidad de los tipos de apoyos que contempla la Ley y su Reglamento, sin que de ninguna manera se pretenda clasificar a las personas con relación al tipo de discapacidad que se encuentre presente en sus vidas; tal graduación es necesaria pues de ello depende específicamente las facultades que podrá ejercer personalmente la persona con discapacidad y sobre cuáles facultades requerirá apoyo para su ejercicio.

En ese orden de ideas, se pueden señalar algunos parámetros que en la administración de justicia pueden ser de utilidad para la persona juzgadora, al solicitar la información que se requiera a fin de determinar el tipo de apoyo y la intensidad del mismo, tales como (Nación, 2014):

- Para determinar el tipo y grado de diversidad funcional a partir de la valoración de funciones corporales y estructuras corporales.
- Para determinar las condiciones de entorno a partir de la valoración de actividades y participación de la persona en la vida social (entorno) y la valoración de factores ambientales del entorno de la persona.

Garante para la Igualdad Jurídica:

Es importante ahora, describir cuáles son las características que representa el instituto jurídico del garante para la igualdad jurídica y asimismo identificar cuáles serán sus funciones u obligaciones que devienen del mismo de acuerdo a lo establecido en la Ley 9379 y su Reglamento.

Las y el investigador podríamos afirmar, según se desprende del contenido de los instrumentos citados, que su éxito radica en que parte del respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana; así como de los derechos humanos, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, de ninguna manera puede ser impuesta a la persona con discapacidad y de allí deriva el hecho de que no puede ser solicitada como un requisito para ejercer válidamente su capacidad de actuar en ningún aspecto de la vida. Por ejemplo, no será requisito para ser beneficiario de programas sociales selectivos y/o prestaciones estatales, tales como bono de vivienda, exoneración para la adquisición de vehículo, pensiones del régimen definido por la Caja

Costarricense del Seguro Social, uso de parqueos reservados, entre otros similares ya existentes o que se creen en el futuro. Su objetivo principal subyace en la exigencia de fomentar la confianza y las aptitudes de las personas con discapacidad, de modo que puedan ejercer su capacidad de actuar, con menos apoyo en el futuro, si así lo desean.

Constituye un importante mecanismo de protección en contra de los abusos en el ejercicio de la capacidad de actuar y su carácter temporal es fundamental en virtud de que no se concibe para auxiliar a la persona con discapacidad en las actividades de la vida diaria ni para su cuidado o asistencia personal. No es concebida como una especie de representación legal y en el caso de aquellas personas que se encuentran en situación de compromiso del estado de conciencia, quienes requieren un apoyo intenso no se considera imposición contra la voluntad de la persona que recibe ese tipo de apoyo, al tratarse de ajuste razonable.

Es importante referir en este punto de que es posible que una persona con discapacidad cuente con el apoyo de más de una persona que funjan como garantes para la igualdad jurídica, así los garantes ofrecerán el o los apoyos para los actos determinados en la resolución de designación y en la intensidad requerida; esta circunstancia dependerá directamente del análisis de la situación en concreto o que la persona con discapacidad así lo solicite, sin perjuicio de la valoración de solicitud que tiene que efectuar en ese sentido el juez o jueza de conformidad con el artículo 10 de la Ley N° 9379.

Obligaciones de la persona garante para la igualdad jurídica (artículo 11 de la Ley 9379 en relación con el artículo 17 del Reglamento:

- 1.** No actuar, sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona con discapacidad; para efectivizar tal obligación podrá apoyar a la persona con discapacidad en la intensidad que la resolución de

establecimiento de la salvaguardia haya indicado y únicamente en aquellos actos fijados en la resolución de establecimiento de la salvaguardia. Excepcionalmente, podrá apoyar a la persona con discapacidad en actuaciones o actos que no estén expresamente definidos en la resolución, siempre y cuando ello resulte urgente e imprescindible para la seguridad y en beneficio de la persona que recibe el apoyo, dicha excepcionalidad solo será aplicable para situaciones de apoyos más intensos o medianamente intensos, por lo tanto, apoyos no indicados en resoluciones de apoyos menos intensos, deberán ser analizados al tenor de la resolución judicial para determinar su pertinencia.

2. Apoyarla para la protección y la promoción de todos sus derechos, especialmente el derecho de la persona con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia, sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges y a tener acceso a información y educación sobre reproducción y planificación adecuada para su edad; tiene como base que la persona con discapacidad manifieste (verbal, escrito o por cualquier medio de comunicación) su consentimiento libre y pleno de realizar tal acto.
3. Asistirla en la toma de decisiones en el ámbito legal, financiero y patrimonial, de manera proporcional y adaptada a la condición de la persona a la que asiste.
4. Garantizar que la persona con discapacidad tenga acceso a información completa y accesible para que decida sobre sus derechos sexuales y reproductivos, en igualdad de condiciones con los demás. La esterilización será una práctica excepcional que se aplicará a solicitud de la misma persona con discapacidad o cuando sea necesaria e imprescindible para la preservación de su vida o integridad física.
5. Garantizar y respetar los derechos, la voluntad, las preferencias, las

habilidades y las capacidades de las personas con discapacidad.

- 6.** Brindar apoyo a la persona con discapacidad en el ejercicio de su maternidad o paternidad, velando siempre por el resguardo del interés superior del niño y la niña, y apoyarla en las gestiones necesarias para solicitar el apoyo estatal para estos fines, cuando lo requiera. Este tipo de apoyo no implica que ésta asuma la maternidad o paternidad del hijo o hija de la persona con discapacidad pero sí implica que le apoye en su ejercicio, contemplando los apoyos que requiera por su condición de discapacidad y todos aquellos que se necesiten para el desarrollo óptimo e integral de la persona menor de edad, ello a fin de evitar que por motivos de discapacidad, cualquier instancia pública o privada (incluida la familia) impida, limite o segregue el derecho a la maternidad o paternidad. El resguardo del interés superior del niño, la niña y adolescente que le corresponde al garante, debe entenderse según el articulado de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Por su parte, para apoyar en la interposición de las gestiones necesarias para solicitar el apoyo estatal, de modo que la persona con discapacidad ejerza en igualdad de condiciones con los demás el derecho a la maternidad o paternidad, la persona garante debe priorizar que la persona lo haga directamente, contando con los apoyos que requiera o desee, pero el garante también podrá hacerlo a favor de la persona con discapacidad, para situaciones donde se hayan establecido apoyos más intensos o medianamente intensos.
- 7.** No ejercer ningún tipo de presión, coerción, violencia ni influencia indebida en el proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad.
- 8.** No brindar consentimiento informado, en sustitución de la persona con discapacidad con la finalidad de evitar la sustitución de la persona con discapacidad en la toma de decisiones sobre la práctica o no de

intervenciones médicas o científicas en sus funciones y/o estructuras corporales y alcanza las intervenciones médicas o científicas expresamente señaladas en la Ley N° 9379, de modo que no es posible otorgar el consentimiento informado en sustitución de la persona para la esterilización o experimentos médicos o científicos. La excepción a esta prohibición no resulta aplicable cuando la vida de la persona con discapacidad se encuentre en riesgo inminente por una situación emergente e imprevista, en estas situaciones aplican las mismas reglas o protocolos que regularmente se emplean para todas las personas, por lo que un procedimiento distinto por motivos de discapacidad resulta discriminatorio.

9. No permitir que la persona con discapacidad sea sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.
10. No permitir que la persona con discapacidad sea sometida a experimentos médicos o científicos, sin que para este último caso la persona con discapacidad haya brindado su consentimiento libre e informado.
11. Proteger la privacidad de la información personal, legal, financiera, de la salud, de la rehabilitación, de la habilitación y demás datos confidenciales de la persona con discapacidad lo cual implica el deber de denunciar ante las autoridades judiciales y/o administrativas correspondientes, de manera oportuna y diligente sobre actos, omisiones o intenciones que tengan la finalidad de dejar sin efecto la privacidad de la información, en los términos indicados la Ley N° 9379.

Asistente Personal:

Es importante clarificar que la asistencia personal humana consiste en el o los apoyos ofrecidos por una persona denominada asistente personal a una

persona con discapacidad que haya calificado como receptora de dicha asistencia, en las actividades de la vida diaria, necesarias para que la persona con discapacidad ejercite en igualdad de condiciones con los demás su derecho a la autonomía personal, dichos apoyos toman como base el respeto al derecho de autonomía personal de las personas con discapacidad y de conformidad con las disposiciones establecidas en el artículo 20 de la Ley N° 9379, en aras de garantizar el principio de legalidad administrativo.

El precepto citado señala que la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente que tiene a su cargo la función de ejecutar el Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad y que con tal cometido tiene a su cargo la obligación de contar con un registro de las personas que fungen como asistentes personales y de las organizaciones no gubernamentales o empresas que brinden este servicio.

Dicha Unidad debe determinar si la persona requiere la asistencia personal humana y la prestación económica para financiar los costos de esta, posteriormente aprobar el plan individual de apoyo y dictar los procedimientos y las técnicas para apoyar a la persona con discapacidad, receptora de la asistencia personal, en la determinación objetiva y real de los tipos de apoyo que requiere para la realización de las actividades básicas de la vida diaria y el número de horas al día. Una vez determinado lo anterior, deberá otorgar a la persona con discapacidad una prestación económica mensual para que financie los costos de la asistencia personal y posteriormente deberá revisar, a instancia de parte o de oficio, el plan individual de apoyo y en su caso ordenar la suspensión de la prestación económica cuando se verifique que incumpla las disposiciones contenidas en el convenio creado para garantizar la utilización de la prestación económica en la asistencia personal humana de conformidad con el plan individual de apoyo y la filosofía de vida independiente y autonomía personal o con quien esté designado legalmente como su garante para la igualdad jurídica.

En lo referente al plan individual de apoyo, este se concibe como el documento por medio del cual la persona con discapacidad que califique como receptora de la asistencia personal humana, de manera individual o con apoyo de otra persona de su elección, indica, el tipo de apoyo que solicita y la identificación concreta de las actividades básicas de la vida diaria en las que solicita el apoyo debiendo señalarse para ese efecto la intensidad en el apoyo es decir si este será leve, moderado e intenso y el número de horas al día en las que solicita el apoyo.

Dicho plan de apoyo podrá ser elaborado por la persona con discapacidad de manera individual o con apoyo pero será la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente quien tendrá a disposición el formulario de plan individual, el cual cumplirá con las disposiciones de la Ley N° 9379 y el cual deberá contar con el aval de la Unidad. Para ello ésta deberá tomar en consideración, como mínimo, la capacidad presupuestaria anual que financia el Programa en relación con la cantidad de personas receptoras del mismo, así como los gustos, preferencias y requerimientos de apoyo de la persona con discapacidad.

Según dispone la Ley 9379 y su Reglamento, la asistencia personal humana es de carácter selectivo, razón por la que únicamente serán personas receptoras de la asistencia personal humana y a productos y servicios de apoyo, aquellas que cumplan con los siguientes requisitos: ser persona con discapacidad, lo cual se comprobará con la presentación por parte de la persona solicitante de la certificación de discapacidad, la cual es emitida por el Servicio de Certificación de la Discapacidad (SECDIS), a cargo del Conapdis, según Decreto 40727-MP-MTSS, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 232 del 07 de diciembre de 2017 (en razón de que en las personas menores de 6 años, de conformidad con la CIF, no es posible determinar condición de

discapacidad, las solicitudes para ser receptora de asistencia personal a personas menores de 6 años, resultan improcedentes).

En aquellos casos en los que no sea presentado dicho certificado por la parte solicitante o si la certificación indica que no es persona con discapacidad, no procede continuar con la tramitación de la solicitud de asistencia personal humana, ni otorgarla, debiendo para tal efecto emitirse una resolución de denegatoria sobre la que no procederá ningún tipo de recurso, ordinario o extraordinario. En ese sentido, las inconformidades que la persona solicitante pueda tener en contra del contenido de la certificación de la discapacidad, no son competencia ni serán resueltas por la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente, en virtud de que es emitida por otra instancia administrativa, de modo que la interposición de recursos (ordinarios o extraordinarios) corresponde ante el Servicio de Certificación de la Discapacidad, siendo esa la instancia competente para resolver la inconformidad.

Otro requisito, lo constituye la acreditación de no contar con los recursos económicos suficientes y propios para sufragar dicho apoyo, para tal efecto la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente en el plazo de 15 días hábiles, solicitará al Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS) la certificación de la condición de pobreza de la persona con discapacidad solicitante, según los criterios de medición establecidos en el artículo 15 de la Ley N° 9379, para tal efecto se concede al IMAS el plazo de 15 días hábiles para emitir tal certificación.

En caso de que la certificación indique que la persona con discapacidad sí cuenta con recursos económicos para sufragarla, no procederá continuar con la tramitación de la solicitud de asistencia personal humana, ni otorgarla debiendo informarse a la persona solicitante y en este supuesto, contra la resolución de denegatoria no procede ningún tipo de recurso, ordinario o

extraordinario por disposición legal (artículo 23 literal b del Reglamento de la Ley 9379). En todo caso, las inconformidades que la persona solicitante pueda tener en contra del contenido de la certificación de la condición de pobreza, no son competencia y por ende no serán resueltas por la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente, puesto que es emitida por otra instancia administrativa, de modo que la interposición de recursos (ordinarios o extraordinarios) corresponde ante el IMAS, siendo esa la instancia competente para resolver la inconformidad.

El último de los requisitos que se exigen lo constituye el hecho acreditar la necesidad de la asistencia personal humana en la realización de actividades de la vida diaria, para el ejercicio en igualdad de condiciones con los demás, del derecho a la autonomía personal procederá la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente a fijar los mecanismos por emplear para determinar si la persona solicitante cumple con este requisito y en aquellos casos en los que se acredite que la persona solicitante es persona con discapacidad en condición de pobreza y se le deniega la asistencia por el incumplimiento de este requisito, procede la interposición de los recursos establecidos en la Ley General de la República para recurrir las decisiones de la Administración, en el tiempo y forma que la misma ley define.

Para el desempeño del cargo de asistente personal por disposición legal expresa (artículo 24 del Reglamento de la Ley 9379) se prohíbe a las personas empleadas públicas desempeñarse como asistentes personales humanos.

Respecto a la persona en quien podrá recaer el apoyo de asistente personal, serán formados, capacitados y certificados por el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) y de conformidad con el artículo 29 de la Ley N° 9379 la persona asistente personal que deba ofrecer el apoyo lo hará con absoluta discreción debiendo respetar la privacidad de la persona con discapacidad y tendrá las siguientes obligaciones:

a) Brindar el servicio de asistencia personal humana de conformidad con el plan individual de apoyo, lo que implica el respeto a las preferencias, los intereses y las condiciones individuales y particulares de la persona con discapacidad.

b) Promover y respetar el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás, del derecho a la autonomía personal de la persona con discapacidad.

c) No agredir física, verbal, patrimonial, sexual, emocional ni de ninguna manera a la persona con discapacidad que le brinda la asistencia personal humana o a sus familiares.

Habiéndose asignado por la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente al asistente personal a la persona receptora de la asistencia, esta deberá indicar en el plan individual de apoyo, su preferencia en cuanto a que la persona asistente personal sea hombre o mujer, lo cual será respetado por la Unidad, siempre y cuando sea factible y la asignación de la persona o personas asistente temporal se hará por turnos de horas. En aquellos supuestos de personas menores de edad, receptoras de la asistencia, se podrá poner de manifiesto sobre si la persona asistente personal sea hombre o mujer será efectuada por la madre, el padre o representante legal, para lo cual tomarán en consideración de la preferencia de la persona menor de edad, según su edad y madurez.

Productos y Servicios de Apoyo

En el mismo orden de ideas se hará referencia en lo que respecta a los productos y servicios de apoyo los cuales podrán ser costeados por el Programa de Autonomía Personal y necesariamente tienen que consistir en:

dispositivos, equipos, instrumentos, tecnologías, software y todas aquellas acciones y productos diseñados o disponibles en el mercado para propiciar la autonomía personal de las personas con discapacidad. Para lo cual por disposición legal (artículo 37 del Reglamento de la Ley 9379) corresponde exclusivamente a la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente definir cuales productos y servicios de apoyo se financiarán por medio del Programa.

En lo concerniente a los gastos que se ocasionen producto del mantenimiento de animales de asistencia, definirá en la lista taxativa cuales podrán ser financiados por el Programa y con la finalidad de establecer la procedencia o no de tales apoyos la persona solicitante deberá acreditar los mismos requisitos señalados en los casos en los que se requiere asistencia personal y con la limitación de que sólo se podrá ser receptor o receptora de los productos y servicios de apoyo que se encuentren en la lista taxativa y anual que será proporcionada por el Conapdis debiendo incluir la finalidad del producto o servicio de apoyo, respecto de los productos de apoyo se deberá indicar la vida útil de los mismos.

Importante es aclarar que la solicitud de asistencia personal humana no excluye la posibilidad que previa o posteriormente, la persona solicite la valoración para ser receptor o receptora de productos o servicios de apoyo esto en virtud de que son beneficios complementarios, que no suponen duplicidad.

Luego de haberse presentado la solicitud para ser persona receptora de productos o servicios de apoyo, la Unidad verificará la procedencia de la misma identificando la existencia de los requisitos exigidos a través de los mecanismos definidos en manual de procedimientos del Programa, acto seguido, le trasladará a la persona con discapacidad o a quien le brinde apoyos, la prestación económica para la adquisición del producto o pago del servicio de apoyo y en caso de adquisición de productos de apoyo, una vez otorgado a la

persona con discapacidad, éste será de su propiedad, por lo que la responsabilidad consecuencia del uso indebido o negligente, recae exclusivamente en ella o en quien le ofrezca apoyos, si corresponde.

En relación a los servicios de apoyo podrán ser financiados mensualmente y el tiempo en que se costearán dependerá del tipo de servicio y la condición de discapacidad de la persona. El pago del mantenimiento de animales de asistencia solo se podrá realizar si la persona cuenta con un animal debidamente entrenado para tal fin, por lo que la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente vía manual de procedimiento del Programa, establecerá los medios para comprobar este aspecto.

En el mismo orden de ideas vale indicar que si la persona receptora del producto de apoyo lo pierda por que le fue robado, hurtado o dañado, deberá presentar copia de la denuncia judicial a la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente, para que esta instancia en el plazo de 60 días naturales traslade el dinero para que la persona pueda restituir el producto, esto, siempre y cuando exista la capacidad presupuestaria, de lo contrario, dicho traslado se hará en el plazo que corresponda. Sin embargo, si la pérdida es producto del uso indebido o negligente, la persona podrá hacer una nueva solicitud hasta pasado 1 año después de que la Unidad tuvo conocimiento de la pérdida.

Asimismo, es importante señalar que el financiamiento de servicios de apoyo y la manutención de animal de asistencia, podrá ser suspendido cuando la Unidad compruebe, por medios que defina en manual de procedimientos del Programa, que la persona ya no requiere del servicio o que el dinero se utiliza para cualquier otro fin, diferente al pago del servicio, tal resolución podrá ser objeto de los recursos administrativos ordinarios establecidos en la Ley General de la Administración Pública.

En el nuevo abordaje de los derechos de las personas con discapacidad

y que giran en torno a la capacidad jurídica como atributo inherente a la personalidad, trastocan el formalismo restrictivo que plantea el derecho civil que a su vez es herencia del derecho romano imperante en casi todos los Códigos Civiles y del cual el Código Civil Costarricense no es la excepción, a continuación se señala lo que se debe comprender legalmente por tales atributos a la luz del Reglamento de la Ley 9379 artículo 3 numerales 2, 3, 4 y 5:

2) Personalidad jurídica: Término jurídico por medio del cual se reconoce a todo ser humano como persona ante la ley, en todas partes y por el mero hecho de existir, por ello le corresponde automáticamente los derechos y deberes que la sociedad ha definido para todos sus integrantes.

3) Capacidad jurídica: Término jurídico utilizado para indicar que toda persona física, en razón de su condición humana es titular de derechos y obligaciones.

4) Capacidad de actuar: Término jurídico utilizado para referirse al atributo con el que cuentan las personas físicas, en razón de su condición humana, para el ejercicio legítimo de derechos, la adquisición de obligaciones, realizar actos con efectos jurídicos y la atención de sus propios intereses. El régimen de capacidad de actuar de las personas menores de edad del Código Civil no es modificado por la Ley N° 9379 ni por este reglamento, únicamente en el reconocimiento que a las personas menores de edad con discapacidad les aplica el mismo régimen.

5) Igualdad jurídica de las personas con discapacidad: Implica que las personas con discapacidad, en igualdad de condición con los demás y en todas partes cuentan con personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de actuar, puesto que estas instituciones son indispensables para el ejercicio de la mayoría de derechos humanos y la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad.

Sin duda que el abordaje de la capacidad jurídica requería dotarlo de un contenido más inclusivo, permeado del principio igualdad y no discriminación que se tradujo en una igualdad jurídica, circunstancia que se volvió como necesidad plasmarlo de forma expresa en el ordenamiento jurídico; como si las obligaciones contraídas en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad no fueran lo suficientemente vinculantes, pero esa ha sido la realidad para las personas en condiciones de vulnerabilidad como las personas menores de edad, mujeres y grupos pertenecientes a grupos étnicos, entre otros.

Lo anterior refleja que estamos logrando un modelo social de abordaje de la discapacidad en Costa Rica que se orienta en el respeto de los derechos humanos en el cual se adopta conjuntamente un modelo de asistencia para la toma de decisiones, apartándose definitivamente aquel viejo modelo de abordaje que sustituía a la persona con discapacidad.

A partir de este nuevo abordaje, se crea la posibilidad jurídica de que una persona con discapacidad decida si quiere o no aceptar ayuda en la toma de sus decisiones, sin que ello conlleve a renunciar al derecho a tomar las propias decisiones. Se garantiza así, el derecho de libertad de elección que permite a toda persona asumir las consecuencias que deriven de la misma. Para ello se convierte en una necesidad la capacitación de las personas con discapacidad con miras a que se empoderen respecto al tema de las salvaguardias y su participación activa durante el proceso.

Al respecto, constituye dentro de los procesos de salvaguardias, un papel sumamente importante de los y las peritos que se asignen a fin de establecer la funcionalidad de la capacidad para tomar decisiones (tema que será abordado en los capítulos siguientes); en virtud de que bajo este modelo de abordaje es imperativo determinar la capacidad jurídica, no en base a la discapacidad sino evaluar la capacidad con referencia al ejercicio de derechos

específicos que permita establecer la capacidad de la persona con discapacidad para asuntos específicos y consecuentemente la necesidad de protección que se oriente en realizar ajustes razonables que conlleven a los apoyos necesarios con la finalidad de ejercer la capacidad jurídica cuando se determine la existencia de la misma, respetándose así la voluntad de las personas con discapacidad, proporcionar apoyos desde la propia perspectiva de la persona a quien se dirija, alentando la participación y la posibilidad de asumir responsabilidades y que finalmente se respeten las decisiones de la propia persona.

En este orden de ideas, conviene citar un voto que se emitió el Juzgado de Familia de Desamparados, a las diez horas del dieciocho de noviembre del año dos mil dieciséis (Proceso de Salvaguardia de la Igualdad Jurídica de la Persona con Discapacidad, 2016) planteado por Marjorie Liliana Martínez madre del joven Jeferzon Javier Rodríguez Martínez quien solicita ser designada garante para la seguridad jurídica de su hijo, señalando aspectos relevantes tales como:

1. Afirmó que él nació con parálisis cerebral infantil y siempre ha sido muy determinado en su proyecto de vida.
2. Que él presentó problemas de broncoaspiración que generaron la necesidad de practicarle una gastrostomía percutánea endoscópica.
3. Dicha operación no fue consentida por él, accedió por el sufrimiento de la madre ante la posibilidad de que algo malo le pudiera ocurrir si seguía broncoaspirando.
4. Durante la operación, el joven no fue completamente sedado y por ello, recuerda todo lo que ocurrió, no aceptó el resultado de la operación debido a que perdió la poca movilidad que tenía y se rehúsa a usar la sonda para alimentarse, asimismo la herida de la cirugía se infectó con una bacteria.
5. Indica que el joven desde la operación ha presentado un estado anímico negativo ya que no acepta el resultado de la cirugía y quiere revertirla.

6. Solicitó que le fueran practicados al joven todos los análisis para determinar que tiene derecho a decidir sobre su cuerpo y que su voluntad sea respetada para que pueda ser revertida la operación.
7. Señaló que la discapacidad del joven es motora y que su capacidad cognitiva y volitiva se encuentra intacta.

Aspectos de relevancia en la resolución:

En dicha resolución se evidencia lo crucial que resultan las evaluaciones médicas y la apreciación directa de la persona juzgadora quien se comunica con la persona y atiende sus deseos y voluntad para, en un momento posterior, plasmarlos en la resolución.

En los considerados 12 y 13 la persona juzgadora señala:

12. El joven Rodríguez Martínez **fue entrevistado** en su hogar por la suscrita, acompañada de una profesional en Trabajo Social y personal técnico. En esa entrevista, **fue posible constatar las habilidades cognitivas del joven, quien, con total propiedad, pero con importantes dificultades en el ámbito de la comunicación, expresó que la cirugía que le fue practicada cambió su vida en forma negativa y el dolor físico que siente en la escala del uno al diez, representa un ocho.** Refirió también que su dolor físico es permanente y le molesta para dormir; tiene tristeza; afecta su capacidad para detener la micción; que antes de la cirugía se sentía mejor; que no le explicaron que tendría más reflujo con la operación; sabe los posibles riesgos si la operación se revierte; aceptó someterse a los peritajes que la autoridad judicial determine. Dijo, refiriéndose a sí, que es ³muy cruel dejarlo morir mentalmente´, lo anterior, si la cirugía no se revierte. Dentro de la entrevista, el joven fue claro al indicar que él quería convertirse en un vocero de los derechos de las personas con discapacidad y que quería hablar ante ³los Magistrados´; indicó expresamente que no quería fallecer sino, seguir viviendo, pero sin el dispositivo que tiene en el estómago y que estaba convencido de querer asumir el riesgo de muerte por quitarse el dispositivo (entrevista de folio 39 al 41 vuelto).

13. A los dos días de la primera visita domiciliar, el joven fue nuevamente

visitado por la suscrita para que le fuera practicado un examen médico legal y, un peritaje psiquiátrico. El joven consintió nuevamente la realización de las dos pericias y autorizó que su huella fuera empleada por los médicos, como signo externo de su consentimiento. **El joven, una vez valorado por ambos profesionales indicó que, si alguna vez tienen que volverle a hacer eso -la cirugía- que no se lo hagan y que, si se lo practican, que quede constando en un documento que él no quiere que le hagan esa cirugía y que, si lo hacen, es contra su voluntad´.** Indicó también que, si aprueban la eutanasia en Costa Rica, van a haber menos suicidios y menos trabajo para la policía (acta de folio 50 al 52).

17. Según informe de intervención social, no se detectaron factores de riesgo en el hogar donde habita el joven Rodríguez Martínez y él, ³evidencia ser completamente autosuficiente en la toma de sus decisiones...

18. Mediante peritaje psiquiátrico N°PPF-2016-0002558, se determinó: El señor Rodríguez mantiene un pensamiento productivo, el cual es coherente y está en contacto con la realidad, es una persona quien tiene capacidad para comprender, seguir indicaciones, presenta pensamiento abstracto, integra información y tiene capacidad para ajustarse a las normas, a nivel cognitivo no se evidencian limitaciones en sus capacidades, manteniendo capacidad de atención, abstracción, ejecución, planeación, es decir, se trata de una persona quien mantiene integridad de sus capacidades cognitivas y volitivas, de toma de decisiones en forma independiente y de asumir las consecuencias de sus actos. Tiene capacidad de argumentar sus decisiones de una forma válida y de acuerdo a sus valores... se trata de una persona quien mantiene integridad de sus capacidades cognitivas y volitivas, de toma de decisiones de forma independiente y de asumir las consecuencias de sus actos. Tiene capacidad de argumentar sus decisiones en forma válida y de acuerdo a sus valores´ (peritaje de folio 124 al 127).

Sobre el Fondo, en su numeral III, la persona juzgadora señala la importancia de emplear un lenguaje correcto con la finalidad de evitar que el mismo resulte discriminatorio y para así dejar de lado los anteriores modelos de abordaje de la discapacidad que hacían énfasis precisamente en la discapacidad y no en la persona y el acceso a sus derechos, indicando al respecto:

Como primer aspecto relevante, es necesario indicar que no es correcto referirse al joven Jeferzon Javier Rodríguez Martínez como una³ persona discapacitada sino que, lo correcto, es hacer referencia a él como persona adulta joven con discapacidad física sin compromiso cognitivo...

En el numeral IV, la Jueza señaló y resaltó, a partir de la intermediación en la que se desarrolló el proceso, que el joven evidencia su capacidad de ejercicio de su autonomía, decidiendo la forma en la cual desea vivir.

Durante la práctica de la pericia, el joven hizo un esfuerzo enorme y era evidente que él sabía que estaba en juego su autonomía e independencia. Vale decir que el joven, porta reloj y, en plena ejecución de los peritajes, leyó su reloj y avisó a su madre sobre la necesidad de consumir su medicación. **Esto no solamente muestra las habilidades cognitivas del joven sino, su deseo de vivir, pero eso sí, bajo sus condiciones, es decir, en pleno ejercicio de su autonomía e independencia... (lo resaltado no es del original).**

Finalmente, la Jueza, a través del numeral XV señala el peso de los peritajes que le fueron practicados al joven Jeferzon y que a través de los mismos se determinó su capacidad cognitiva y por ende su capacidad de ejercicio para tomar sus propias decisiones acorde con su proyecto de vida.

...peritajes que fueron realizados dando al joven todas las oportunidades posibles para demostrar sus destrezas cognitivas, es decir, **peritajes que fueron elaborados por una persona profesional en psiquiatría**

que sin constituirse en una barrera más, pudo hallar desde su disciplina, todos los elementos necesarios para concluir que el joven puede decidir sobre su propia vida y asumir las consecuencias de sus decisiones. Así, nadie, absolutamente nadie, puede ni debe decidir por él pues cuenta con todas las habilidades cognitivas para tomar decisiones y asumir las consecuencias. Entonces, lo que corresponde en este asunto es declarar que el joven es una persona adulta joven con discapacidad física, sin compromiso cognitivo y con pleno derecho a vivir en absoluta autonomía e independencia. Como consecuencia de ello, ninguna institución pública ni privada, para ningún trámite puede ni debe solicitarle autorización judicial y mucho menos, puede ni debe promover ni aceptar que la madre del joven consienta en representación de él o complementando las decisiones de su hijo. Para todo efecto, Jeferzon es una persona con discapacidad física sin compromiso cognitivo con derecho a gozar de plena autonomía e independencia, realidad que debe materializarse en su vida. Así, si él desea revertir la cirugía que le fue practicada, nadie puede obstaculizar esa decisión...

Esta sentencia evidencia el empoderamiento de las personas juzgadas respecto del nuevo abordaje de la discapacidad, quienes parten de que las personas con discapacidad tienen reconocida la dignidad humana, que les es intrínseca por su propia naturaleza humana y que por ende debe reconocérseles en todo momento capacidad de ejercicio para la toma de sus decisiones, considerando en los casos requeridos la posibilidad de establecer los apoyos previstos en la ley: garante para la igualdad jurídica, asistente personal y productos y servicios de apoyo y en la intensidad que la persona con discapacidad lo requiere y como imperativo el respeto hacia su voluntad y la tutela judicial efectiva de su mejor interés.

SECCIÓN II. Del Proceso de Salvaguardia contenido en la Ley de la Autonomía Personal N°9379.

Los procesos de salvaguardias tal como se encuentran regulados a partir de la Ley 9379, introducen la idea de una capacidad jurídica universal en la cual todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, no son privadas de la aptitud para ejercer sus derechos y se garantiza su derecho a que sean tomados en cuenta sus intereses y sobre todo su proyecto de vida, conforme a la filosofía de vida independiente; lo cual se traduce en el deber de devolverles su dignidad y asegurarles una calidad de vida acorde con su mejor interés desde su propia perspectiva.

El objetivo de la ley subyace en la promoción y el aseguramiento a las personas con discapacidad del ejercicio pleno de su derecho a la autonomía personal, en igualdad de condiciones con el resto de las personas y con miras a lograrlo se establece la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y con la finalidad de potenciar esa autonomía, se establece la figura de la asistencia personal humana.

Así las cosas, la Ley 9379 reafirma la obligación del Estado Costarricense a fin de garantizar los derechos establecidos en el artículo 12 y 19 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, relativos a: **“artículo 12- reconocimiento como persona ante la ley” en total sintonía con el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos “Igualdad ante la ley” y artículo 19 “el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad”**.

Trascendentalmente provoca la eliminación de la curatela y confiere a las personas con discapacidad el derecho a tomar decisiones, el derecho a contar con un garante que advierta sobre el cumplimiento de sus derechos

humanos y que a la vez les asista en el ejercicio de sus capacidades jurídicas.

Antes, estas figuras prohibían –por sentencia judicial- de manera absoluta la participación en actos jurídicos tales como: realizar contratos y ejercer el sufragio, por ejemplo. Para ello, se asignaba a un curador que asumía la administración de bienes y los derechos personalísimos de las personas con discapacidad. Con esta ley la población con discapacidad vuelve a tener toda posibilidad de ejercer plenamente sus derechos.

A) Aspectos jurídicos de relevancia en la Ley de la Autonomía Personal N°9379.

Para la preparación de esta sección de la investigación, se analizaron diez sentencias que fueron dictadas por el Tribunal de Familia de San José desde el año 1998 hasta el año 2017.

En el análisis que se realiza se evidencia que si bien es cierto el paradigma respecto a los procesos en los que intervienen personas con discapacidad se fue abordando desde la perspectiva de los derechos humanos a partir de la Convención Interamericana Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Personas con Discapacidad que se centró en el especial interés de los Estados en mejorar las condiciones de accesibilidad de las personas con discapacidad, pero no se profundizó respecto de los derechos subjetivos de las personas con discapacidad. Esto a fin de garantizar y efectivizar la capacidad de ejercicio, es así que tal instrumento entró a aplicarse con las limitaciones aún contenidas en ese momento por las disposiciones del Código Procesal Civil en relación con los procesos de insania, y más propiamente se cambia la forma de abordar estos procesos con la ratificación por parte del estado Costarricense de la Convención Sobre las Personas con Discapacidad aprobada, como ya se expuso, a lo largo de la investigación en el seno de la Asamblea de las Naciones Unidas. Este importante instrumento regresa la dignidad a las personas con discapacidad y prima su voluntad en los procesos en los cuales intervienen, sobre todo

aquellos que versan sobre las salvaguardias para la igualdad jurídica.

A continuación, se referencian las sentencias analizadas para lo cual se dividirá el análisis en sentencias abordadas a la luz de la Convención Interamericana Contra Todas las formas de discriminación en Contra de las Personas con Discapacidad, sentencias abordadas desde la perspectiva de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en relación con el proceso de insania establecido en el Código Procesal Civil antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 9379.

Votos dictados a la luz de la Ley 9379

A continuación, se señalan dos sentencias que fueron dictadas a la luz de lo establecido en el artículo 12 de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la Ley 9379, disposiciones que fueron incorporadas por dicha Ley en su artículo 2, con el propósito de fijar los parámetros bajo los cuales deberán ser abordado correctamente tales supuestos, indicando aspectos como:

- Fija como punto de partida; considerar a la persona con discapacidad como sujeto de derechos y obligaciones, y no objeto de sobreprotección y/o lástima.
- Respeto a los derechos humanos, así como los patrimoniales de todas las personas con discapacidad (derecho a ser propietarios, heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos, tener acceso a préstamos bancarios, hipotecarios y cualquier otra modalidad de crédito financiero) y la garantía estatal de que no serán privados de sus bienes de manera arbitraria.
- Se prevé que la autonomía personal implica el respeto a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, como también del ejercicio de los derechos civiles y electorales, entre otros.

- Introducción de la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, a la asistencia personal humana y/o a los productos de apoyo que requieran para el ejercicio del derecho de la autonomía.
- La prevención del mecanismo de la salvaguardia que funge como garantía establecida por el Estado costarricense, para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las personas con discapacidad, reduciendo con ello la posibilidad de que las personas con discapacidad sufran abusos, de conformidad con los derechos humanos, y/o de influencias indebidas, en detrimento de su calidad de vida.
- La solicitud de la salvaguardia puede efectuarse por escrito y también verbalmente.
- Se prevé la posibilidad de que una persona con discapacidad cuente con el apoyo de más de una persona que funjan como garantes para la igualdad jurídica y en ese supuesto, los garantes ofrecerán el o los apoyos para los actos determinados en la resolución de designación y en la intensidad requerida.
- El mecanismo de salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, como apoyo para el ejercicio de la capacidad de actuar, tiene como base el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana; así como de los derechos humanos, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.
- Las salvaguardias de ninguna manera pueden ser impuestas en contra de la voluntad de la persona ni tampoco podrán ser solicitadas ni empleadas como un requisito para ejercer válidamente su capacidad de actuar en ningún aspecto de la vida.

- El garante para la igualdad jurídica no constituye un tipo de representación legal.
- Los apoyos que se provean a la personas con discapacidad para hacer efectivo el ejercicio de la capacidad de actuar, serán de diversa intensidad, la misma será directamente proporcional con la situación concreta y siempre se informará de acuerdo con la voluntad y preferencias, para ello se puede recurrir a procedimientos multidimensionales, tales como trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas que la persona hubiese realizado con anticipación a recibir este tipo de apoyo.
- En cuanto a la legitimación activa; la persona con discapacidad es la primera legitimada para presentar la solicitud de salvaguardia; la excepcionalidad que faculta tanto a los familiares de la persona con discapacidad y a la institución u organización no gubernamental que le brinde servicios, apoyos y/o prestaciones sociales. Para presentar la solicitud de salvaguardia o su revisión, se verificará al conocer los requisitos que debe reunir la solicitud, de no comprobarse la excepcionalidad, en los términos definidos por la ley, el órgano jurisdiccional podrá prevenir a quien la solicite; otorgándole un plazo prudencial, según la situación en concreto y de no cumplir con ésta, procede el archivo del expediente. La limitación funcional a la que hace referencia el artículo 8 de la Ley N° 9379, sustenta dicha excepcionalidad y se deberá interpretar de acuerdo con los conceptos contenidos en el reglamento, y originarse en la absoluta imposibilidad que limite a la persona con discapacidad para presentar la solicitud de manera individual o contando con apoyo de otra persona o para firmar (con su rúbrica o huella digital impresa) el escrito de solicitud.
- La idea de los mecanismos de salvaguardias se sustenta en que debe ser sometida a procesos de revisión, la cual puede realizarse en cualquier

momento o de oficio, cada cinco años, por el órgano jurisdiccional que la estableció

1. Voto 1290-2016/ de las diez horas y dos minutos del veintinueve de diciembre del año dos mil dieciséis (Recurso de Apelación/Proceso de Insania, 2016).

Se trata de una sentencia emitida por el Tribunal de Familia de San José, redactada por el Juez Mauricio Chacón Jiménez en un Proceso de Insania.

Aspectos que aborda, realizando algunas consideraciones en relación con el instituto jurídico de la capacidad de las personas en materia de discapacidad a partir de la reforma promovida por la ley N° 9379 y a la luz del artículo 2:

- La figura del garante para la igualdad jurídica de la persona con discapacidad que sustituye al curador del insano.
- Derechos de las personas con discapacidad.
- Sustitución del proceso de insania al proceso de salvaguardia y de la figura del curador a garante para la igualdad jurídica.
- Cambio del proceso de Insania a procesos de salvaguardia

El Voto fue emitido luego de que se presentara un recurso de apelación sobre una sentencia dictada en primera instancia por medio de la cual se resolvió un proceso de insania que se tramitó ante el Juzgado Primero de Familia de la ciudad de San José, mediante el cual, la parte actora Nombre 001, solicitó que se declarara insana a la señora Nombre 004 (quien es su madre) y que consecuentemente se la declarara a ella como curadora, constituyéndose además en el proceso como partes interesadas los señores Nombre 002 (curador) y Nombre 003, quienes también son hijos de la presunta persona

insana.

La Jueza de primera instancia, resolvió mediante sentencia, declarar parcialmente con lugar la demanda y se declaró insana a la señora Nombre 004, se designó como curador de la insana a su hijo Nombre 002 limitando sus funciones a la administración del patrimonio y como encargada del cuidado personal de la insana a la parte actora Nombre 001, se ordenó que el curador presentara un inventario de los bienes por administrar, junto con un avalúo y accesoriamente se mandó que se publicara un extracto de la sentencia en el periódico oficial y su inscripción en el Registro Público.

Los motivos del recurso de apelación: la parte recurrente se encontraba en desacuerdo en relación con la persona que fue nombrada como curador (garante para la igualdad de la persona con discapacidad) de la persona con discapacidad.

La resolución del Tribunal se dicta en un momento de transición para el Estado de Costa Rica, producto de la evolución del derecho familiar. En el presente caso, el Tribunal debió resolver de conformidad a una ley que para el momento en que se dio el dictado de la sentencia de primera instancia no existía, ello pues es conforme al principio de irretroactividad de la ley y el principio de conservación de los actos procesales y del Transitorio I de la Ley 9379.

Extracto del considerando VII del voto 1290-2016:

En el caso presente, el proceso comenzó, se desarrolló y culminó con el dictado de una sentencia al amparo de la legislación procesal y sustantiva que ya no está vigente. No es pertinente conocer y resolver el recurso de apelación con aquellas disposiciones que ahora se encuentran derogadas o reformadas, pero tampoco lo es anular lo actuado y lo resuelto. Lo que se debe hacer, en aplicación del principio de conservación de los actos procesales y del Transitorio I de la Ley 9379 -al estar expresamente apelado el nombramiento de una persona para que ejerza la curatela-, es revisar lo resuelto y conocer los

agravios, para tomar una decisión que se ajuste a la nueva normativa.

Es así que el Tribunal de Alzada realizó un abordaje contextualizado tanto de la Constitución Política, Convención Interamericana Para Eliminar Todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad, que propició la creación de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (Ley 7600), la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, siendo esta última la que motivó la creación de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, el Código Civil y finalmente el Código de Familia, y es a partir de lo cual que se genera un cambio de paradigma respecto de los derechos de las personas con discapacidad frente a la sociedad acorde con la efectivización de los derechos humanos con una ley particular en la materia y acorde con la realidad que se afronta, esto representó literalmente un cambio de paradigma y no sólo un cambio en el nombre de algunos institutos jurídicos, sino por el hecho de ya no considerar a la persona con discapacidad como una persona insana y la introducción del proceso de salvaguardia. Con ello se considera el acceso a las figuras del garante para la igualdad jurídica de la persona con discapacidad y la del asistente personal con el propósito de brindarle servicios de apoyo en la realización de las actividades de la vida diaria, a cambio de una remuneración.

Al respecto, en el voto referido, se expresa en el Considerando V (Proceso de Insania, 2016):

En este nuevo paradigma la persona con discapacidad **no solo es titular de sus derechos, sino que, en la medida de lo posible, debe poder ejercerlos personalmente, asumiendo las responsabilidades correspondientes**. En caso de no poder hacerlo personalmente, esta persona debe contar con otra persona que la asista; es decir, para que las decisiones las tome *junto con otra persona*, y solo en casos francamente excepcionales de máxima vulnerabilidad, se podría aceptar la figura *sustitutiva* que prevalecía en el anterior modelo,

claro está, con la debida supervisión del Estado mediante las autoridades jurisdiccionales.

Cabe destacar que lo más importante es que ya no es procedente hacer una declaratoria genérica de la persona con discapacidad como una *persona incapaz*, como una *persona insana* o como una *persona en condición de interdicción*. La protección que debe darse en los casos en que la persona con discapacidad definitivamente no puede participar directamente en la toma de ciertas decisiones es mediante la *inhabilitación para esos actos en particular*. Como bien explica la jurista argentina María Graciela Iglesias en el artículo titulado *La capacidad del artículo 12: El Juez entre la incapacidad de los apoyos* -que solo conservamos digitalmente-, este nuevo concepto conlleva dejar atrás las limitaciones y las restricciones del modelo de sustitución que implica necesariamente la intervención de un tercero por el sujeto, significa asumir el riesgo de la libertad. Ello no significa que como la propia convención lo prevé no deban de ajustarse y establecerse los apoyos necesarios para que las personas puedan tomar sus decisiones con base en la confianza y comprensión en la medida de su autodeterminación. Ello significa hacer visible la dignidad que caracteriza a todas las personas, protagonizando su condición de sujeto independientemente de la discapacidad intelectual y social a la que se pudiera enfrentar. (Lo resaltado no es del original).

La sentencia en sí misma alude al reconocimiento de que la persona humana es el fin del Supremo del Estado y de la sociedad, es así que todo debe girar en torno a ella, la razón es simple, las personas somos un cúmulo de derechos por el sólo hecho de serlo y sin importar la condición de cada cual. Es así que surge en relación con las personas con discapacidad, la ruptura del paradigma de que sólo son objeto de sobreprotección o lástima, sino que son personas titulares de derechos y obligaciones, siendo crucial el ejercicio del Derecho a la Autonomía Personal, pues se reivindica a las personas con discapacidad el reconocimiento como personas y como tales revestidos de

dignidad.

En este sentido, el voto en un extracto del considerando 7 refiere:

*Cuando excepcionalmente, en virtud de una limitación funcional, la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite indicar la persona de su preferencia, **el juez o la jueza valorará como opción para que ejerzan la salvaguardia a los familiares de la persona con discapacidad.***

En todos los casos, el juez o la jueza deberá garantizar que la persona que ejerza la salvaguardia, es la idónea, moral y éticamente demostrado, para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial. (Lo resaltado no es del original).

Básicamente la tesis bajo la cual el Tribunal de Familia decide respecto del recurso de apelación, es que, a menor discapacidad, mayor libertad; a mayor discapacidad, mayor protección; y que en ese caso concreto era necesario mantener la figura del garante para la igualdad jurídica. Lo anteriormente expuesto, de acuerdo con el dictamen pericial, la persona presentaba una discapacidad que le limitaba para tomar decisiones importantes de su vida y administración de su patrimonio, no así se le reconoció su derecho para decidir sobre aspectos que no implicaran un complejo razonamiento y en esas decisiones será el garante quien le proporcionaría ayuda.

2. Voto número 933 -2016/ de las diez horas y cuarenta y seis minutos del veintitrés de septiembre de dos mil dieciséis (Recurso de Apelación/Proceso de Insania, 2016).

Se trata de una sentencia emitida por el Tribunal de Familia de San José,

redactada por el Juez Mauricio Chacón Jiménez, en un Proceso de Insania, que se desarrolló antes de la entrada en vigencia de la Ley 9379, pero que el recurso de apelación por el cual entró a conocer el Tribunal de Familia se resolvió conforme la ley referida en virtud de que ya estaba vigente en el país para la fecha en la cual se emite la resolución de segunda instancia. Dentro del fallo analizado se evidencia la forma en la cual las personas juzgadoras introducen aspectos relevantes de la ley citada y que son necesarios tenerlos claros de acuerdo con el nuevo paradigma de abordaje de los procesos de insania que comenzaron a tramitarse antes de los cambios que se propiciaron legislativamente, a partir del 30 de agosto del año 2016.

El objeto pretendido por el recurso de apelación planteado, es que se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia en virtud de que los recurrentes (2 hijas y 1 hijo de la persona con discapacidad) estiman que la persona juzgadora no consideró las circunstancias de todos los interesados que se personaron en el proceso y que ellos también tenían las mismas posibilidades de acuerdo con las disposiciones del Código de Familia, de ser nombrados como curadores de su madre en lugar de la persona a quien finalmente se nombró (quien era hija de la persona con discapacidad).

Para tal efecto se citan los considerandos VII y VIII, mediante los cuales el Tribunal de Familia estima que no procede decretar la nulidad de la sentencia recurrida y a su vez hace referencia a la sustitución de la figura del curador por el de garante para la igualdad jurídica:

VIII. En este caso en particular, la señora Jueza de primera instancia consignó ampliamente las razones por las que designó a doña [Nombre 001] como curadora de su madre y los motivos por los que consideró que el cargo no debía recaer ni en doña [Nombre 003], doña [Nombre 004] o don [Nombre 005]. (fs. 293 a 295) El principal reclamo de los apelantes es que la Jueza no analizó un dictamen pericial en concreto, pero como se ha explicado, la

fundamentación de su resolución no exige un análisis extenso punto por punto. Por este motivo, el Tribunal concluye que la sentencia no adolece del vicio de nulidad que se le achaca.

IX. No estando viciada de nulidad la sentencia recurrida, lo que procede entonces es confirmarla. **Sin embargo, es necesario modificarla en el tanto ya la figura de la *curatela* ha desaparecido del ordenamiento jurídico costarricense.** En ese sentido, **se debe entender que el cargo que ostentará la señora [Nombre 001] es de *garante para la igualdad jurídica* de doña [Nombre 002].** La autoridad judicial de primera instancia, deberá determinar si es pertinente inhabilitar a la señora [Nombre 002] para el ejercicio personal de ciertos derechos en particular; así como deberá determinar si es pertinente mantener, dejar sin efecto o modificar la decisión relativa a la garantía que debe rendir doña [Nombre 001]. El Tribunal no puede pronunciarse sobre estos temas en este momento, porque lo estaría haciendo en única instancia. (Lo resaltado no es del original).

Votos dictados antes de la entrada en vigencia de la Ley 9379 pero emitidos a la luz de Convenios Internacionales relacionados con los derechos de las personas con discapacidad.

A continuación procede a hacerse el análisis de cinco sentencias que fueron emitidas años previos a la entrada en vigencia de la Ley 9379, pero implicaron desde ya un cambio de paradigma en la administración de justicia respecto del abordaje de los procesos de insania a la luz de los derechos humanos y en especial de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad; realizándose de forma explícita y en casos concretos un control difuso de convencionalidad con la intervención del Tribunal de Familia de San José.

1. Voto número 991-2015/ de las once horas y cuarenta y uno minutos del seis de noviembre de dos mil quince (Recurso de Apelación/Procesod de Insania, 2015).

El voto fue redactado por el Juez Mauricio Chacón y refiere a un proceso de insania promovido por la Procuraduría General de la República, para la declaratoria de insania de un adulto mayor, para cuyo efecto se le nombró un curador procesal provisional. Mediante la sentencia de primera instancia, el Juzgado de Familia de San José, procedió a declarar al señor insano y se nombró a la Procuraduría General como curador de dicho señor.

El recurso de apelación es planteado en virtud de que la Procuraduría estima que no debió designarse como curador a dicho órgano en virtud de que argumenta no tener facultades legales para ello, de acuerdo con contenido que se desprende del numeral 2 del artículo 847 del Código Procesal Civil, señalando que tal precepto lo que contiene es una autorización para que la Procuraduría General de la República promueva los procesos de insania en los casos en que no exista un familiar que lo haga, a fin de proteger a la persona con discapacidad que se encuentre en un alto riesgo social; y que ello implica que la Procuraduría se constituya como promovente del proceso, pero que de ese artículo no se desprende una autorización para que la Procuraduría asuma la curatela de la persona declarada en condición de insania.

En el Considerando II del voto el Tribunal señala respecto de la sentencia recurrida:

II. Luego de una lectura detallada de la sentencia de primera instancia, el Tribunal llega a la conclusión de que esta carece de la debida fundamentación. La decisión de designar a la Procuraduría General de la República como curadora de don [Nombre 001] **se sostuvo sobre la base de que la señora Procuradora no acreditó que exista una persona con**

atestados debidamente acreditados y que al Juzgado no le compete indagar quién ostenta el cargo de representante de la Asociación Gerontológica de Curridabat, que es el lugar donde está ubicado don Ricardo. Es decir, la designación de curadora se realizó como una forma de sanción para la Procuraduría; y lo cierto es que esa motivación resulta inadecuada. La decisión debe fundamentarse sobre criterios jurídicos, en los cuales se indique con precisión los motivos por los que la persona juzgadora considera que resulta procedente designar a esta institución del Estado en ese cargo de curadora de una persona que se encuentra en condición de discapacidad.

De lo anterior se percibe la preocupación del Tribunal en relación con los procesos de insania, respecto de que los mismos sean abordados a la luz de los derechos humanos, y en ese sentido citó preceptos que se encuentran incorporados en convenios internacionales tales como la Convención Interamericana para Eliminar Todas las Formas de Discriminación en Contra de las Personas con Discapacidad y la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y que ha suscrito el Estado de Costa Rica y que implican obligación de adaptar el ordenamiento jurídico interno con la perspectiva que establecen tales instrumentos.

Se evidencia que pese a no estar vigente aún en el país la Ley 9379, la administración de justicia se preocupa por un abordaje de los procesos de insania desde un enfoque enmarcado en los derechos humanos, que al efecto se han reconocido a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que al resto de las personas.

El Tribunal señala en el Considerando III párrafo 3° que: “Esta lectura de la institución jurídica de la curatela podría mantenerse, pero también podría evolucionar.” Es una afirmación que sin duda avanza más allá de lo que establecía en ese momento el ordenamiento jurídico nacional y prevé que en un futuro cercano, el instituto de la curatela podría enfrentar un cambio crucial

en beneficio de las personas con discapacidad; como efectivamente así sucedió a partir de la entrada en vigencia de la Ley 9379 de la cual ya se ha referenciado en el presente trabajo conllevó a un abordaje distinto en relación con los procesos en que intervienen personas con discapacidad o en los procesos en los cuales se disputa el ejercicio de ciertos derechos para tales personas.

Asimismo se refirió a las obligaciones que han sido contraídas por los Estados Partes de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en particular señaló lo concerniente a la obligación de adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, para tal efecto de forma concreta citó el artículo 3 literal a del instrumento citado:

"Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración **por parte de las autoridades gubernamentales** y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración."

Aunado a lo anterior, en el mismo considerando (III), citó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante la cual los Estados reconocieron en el preámbulo de la misma aspectos como los siguientes:

"la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso" y "la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos

humanos y las libertades fundamentales", así como también dijeron estar "Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones"

De la misma forma señaló que a partir de la ratificación de dicho instrumento, los Estados Partes se comprometen, a tenor de lo establecido en el artículo 4 a: *"a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad"*.

El Tribunal finalmente estima procedente declarar la nulidad de la sentencia recurrida en virtud de que la misma es carente de fundamentación y ofrece al juzgado de primera instancia un panorama amplio que sea el hilo conductor bajo el cual podrá emitir la resolución en pro de la persona con discapacidad. Por tanto, se constituye su bienestar en el objeto del proceso; pues la persona humana es el fin supremo del Estado y de la Sociedad y corresponde a las personas juzgadoras la tarea de brindar una tutela judicial efectiva con alto contenido de protección a los derechos humanos.

2. VOTO NÚMERO 1081-2014/de las diez horas y treinta y siete minutos del tres de diciembre de dos mil catorce (Recurso de Apelación/Proceso de Insania, 2014).

El voto fue redactado por la Jueza Yudy Campos y refiere a un proceso de insania que fue tramitado ante el Juzgado de Familia de Heredia, en el cual una madre pretende que se declare insana a su hija quien ya es mayor de edad

y que consecuentemente la actora sea declarada su curadora de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil, aunado a ello manifestó que accesoriamente pedía ser nombrada tutora de la menor hija de la presunta insana.

Constituye el objeto del recurso de apelación la declaratoria de nulidad de la sentencia de primera instancia en virtud de que la persona juzgadora formó el criterio de su decisión sin valorar peritaje que indica las capacidades que tiene la presunta insana para el ejercicio de ciertos derechos y por haber omitido pronunciarse respecto de la petición de ser nombrada tutora de la hija de la presunta insana.

El Tribunal, de acuerdo al Considerando II párrafo 2° expresa:

La sentencia impugnada del Juzgado de Familia de Heredia, es omisa en cuanto al extremo 3 de la pretensión, sobre la petición de declaratoria de tutela para la nieta de la promovente, pues no se pronuncia sobre dicho extremo, tal y como lo hace ver la recurrente. No obstante lo anterior, e independientemente de ello, **nota esta autoridad otro vicio más grave en el procedimiento, y es precisamente, que aun cuando se envía a valorar por Psiquiatría y Psicología Forense a la presunta insana, en resguardo de sus derechos humanos, y se hace todo un cuestionario donde se pueda determinar sus habilidades y/ o capacidades específicas para su desenvolvimiento social en la cotidianidad, es decir sobre qué acciones puede realizar por sí misma, cuáles puede realizar con ayudas, y cuáles del todo no puede realizar y necesita de un representante, sin embargo, pese a que dicho peritaje fue rendido en esos términos, no se analiza en la sentencia impugnada los diferentes resultados de la pericia en función de la determinación que debe hacerse en la sentencia, sobre la declaratoria del estado de curatela que se ha sometido a decisión de la autoridad judicial. Contrario a ello, la sentencia hace una declaratoria genérica del estado de insania para la señora [Nombre 003], lo que resulta violatorio de sus derechos humanos, conforme a la normativa más garantista contemplada**

en la Convención de la ONU del 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Ratificada por Costa Rica mediante Ley No 8661 junto con su protocolo facultativo, el 29 de setiembre de 2008, Gaceta No 187), según la cual todas las personas cuentan con los derechos y libertades enunciados en las declaraciones e instrumentos de protección a los derechos humanos sin distinción de ninguna índole, así como la necesidad de garantizar estos derechos a las personas con discapacidad para que los ejerzan plenamente y sin discriminación.(lo resaltado no es del original).

Se vislumbra, a partir de la motivación que realiza la segunda instancia respecto de la resolución que emite declarando la nulidad de la sentencia recurrida, su preocupación por no haberse considerado las capacidades y aptitudes de la presunta insana, “aun y cuando no existía la Ley 9379” violentando así sus derechos, los pronunciamientos de la sentencia recurrida en virtud de que se hace una declaratoria genérica del estado de insania, habiendo constado en autos un dictamen forense amplio en el cual se detallaron las capacidades y aptitudes de la persona objeto del proceso y que fueron negligentemente ignoradas por el juzgado de primera instancia, violentando el contenido del artículo 12, numeral 4 de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Con el análisis de este voto se evidencia que el instrumento internacional que al efecto citó el Tribunal de Familia en el considerando III de la sentencia, ya reflejaba la transición a un cambio de paradigma en la forma en la cual debían abordarse los procesos de insania en el año 2015 (año en que fue emitido el voto) bajo la premisa de que las personas con discapacidad son titulares de derechos y que las limitaciones al ejercicio de los mismos debían ser de acuerdo con las limitaciones que presentaban.

3. VOTO NUMERO: 997-12/ de las once horas y dieciocho minutos del veintiocho de noviembre de dos mil doce (Recurso de Apelación/ Proceso de Insania, 2012).

El voto fue redactado por el Juez Luis Héctor Amoretti Orozco y refiere a un nombramiento o remoción de curador que fue tramitado ante el Juzgado Familia del Primer Circuito Judicial de Cartago, en el cual la recurrente es hermano de la insana y mediante sentencia se le ordenó depositar una fianza de un millón de colones para garantizar la administración de la curatela de la señora [Nombre 003]. La recurrente considera la necesidad de revalorar ese monto pues ella es una persona honrada e íntegra, se desempeña como mensajero, mantiene en orden sus finanzas y debe sufragar una serie de gastos, tanto suyos como los de la insana, aunado a ello expresó, que con su nombramiento como curador no busca ningún beneficio, tan solo pretende garantizar el bienestar de su hermana.

Apunta la sentencia en el Considerando II la obligación de abordar los procesos de insania, teniendo presente que las personas con discapacidad son titulares de derechos y la obligación que corresponde al Estado de tutelar esos derechos producto de las obligaciones que han sido contraídas a la luz de los Convenios Internacionales ratificados por el Estado de Costa Rica:

Las personas con discapacidad son titulares del derecho fundamental a una especial protección por parte del Estado y la sociedad, reconocido, entre otros instrumentos, por la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad...* y por la *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad...*, sin que sea factible obviar que, como lo establece de modo contundente la primera, el objetivo de toda la legislación vigente en materia de discapacidad 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.*” De manera similar, la *Ley de igualdad de oportunidades para las personas con*

discapacidad dispone que su propósito es contribuir a hacer realidad “(...) *el desarrollo integral de la población con discapacidad, en iguales condiciones de calidad, oportunidad, derechos y deberes que el resto de los habitantes.*” (Artículo 1º). En su ordinal 11 le atribuye a todos los miembros de la familia el deber de “(...) *contribuir a que la persona con discapacidad desarrolle una vida digna y ejerza plenamente sus derechos y deberes. Las personas con discapacidad que no disfruten del derecho de vivir con su familia, deberán contar con opciones para vivir, con dignidad, en ambientes no segregados.*” Conforme lo indicó la Sala Constitucional, esa “(...) *serie de disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, que prohíben (sic) todo tipo de discriminación contra personas en razón de su discapacidad, (...) deben ser respetadas tanto por sujetos de derecho público como de derecho privado, pues la tutela efectiva de los derechos de las personas discapacitadas (sic) resulta ser uno de los medios por los cuales este grupo de población puede tener una vida lo más independiente y normal (sic) posible, en aras de que su integración a la sociedad sea plena.*”

La persona juzgadora invita a que la normativa nacional que rige en relación a las personas con discapacidad, deba tener como fundamento los principios y disposiciones que establecen los convenios internacionales en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad, sobre todo partir del reconocimiento de la dignidad humana que se encuentra presente en toda persona incluidas las que tienen alguna discapacidad y por ende tienen el derecho al ejercicio y disfrute a todos los derechos a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

En igual sentido, en el considerando III de la sentencia, el Tribunal de Familia prevé el cambio de paradigma al que obliga implementar la normativa internacional en relación con las disposiciones contenidas en el Código de Familia (en lo concerniente al instituto de la curatela) y en el Código Civil (en relación con la concepción desde la perspectiva civil del instituto de la capacidad):

No cabe la menor duda, entonces, de que **esa trascendente normativa en materia de derechos humanos ha producido un cambio paradigmático en la concepción civilista de la capacidad**, que arranca del 51 de la *Constitución Política* y se refleja en los artículos 36 a 43 del *Código Civil*, así como en la lógica de la declaratoria del estado de insania y el consecuente nombramiento de un representante legal a quienes viven con una discapacidad temporal o permanente que les impide ocuparse de su cuidado y de la administración de sus bienes... Con base en ella, estos últimos son fundamentalmente institutos jurídicos de protección mediante los cuales el Estado, a través de los órganos judiciales, cumple con su obligación de resguardarle a la persona con discapacidad sus derechos a la vida, a la integridad, tanto física y psicológica como patrimonial, a la salud y a su desarrollo integral, entre otros.

Su objetivo primordial es determinar si se encuentra en tal situación y, de ser así, tomar una serie de decisiones y previsiones que garanticen su integridad física y psicológica y eviten que sus intereses materiales y económicos se vean afectados de manera negativa. Para cumplir con lo primero las autoridades competentes pueden ordenar y recabar las pruebas que consideren necesarias y, dentro de ellas, cobran singular importancia las de índole pericial. En relación con lo segundo, lo más trascendente consiste en encargar su cuidado y la administración de sus bienes a un curador o curadora idóneo.

Sobre el particular, los numerales 230, 232, 235 y 198 del *Código de Familia* disponen que *“Estarán sujetos a curatela, los mayores de edad que presenten una discapacidad intelectual, mental, sensorial o física que les impida atender sus propios intereses, aunque, en el primer caso, tengan intervalos de lucidez.” “La interdicción debe ser declarada en juicio y probados los hechos que la motivaron. La ejecutoria de la sentencia que pronuncie la interdicción se publicará en el periódico oficial y se inscribirá en el Registro*

Público.” “Es obligación del curador [o de la curadora] cuidar que el [o la] incapaz adquiera o recobre su capacidad mental o física.” “Cuando (...) descuidare sus deberes para con la persona (...), puede ser removido por el tribunal mediante solicitud de cualquier persona; y si no administrare con diligencia los bienes (...), su remoción puede ser demandada por cualquier interesado.” Ya este Tribunal ha puntualizado que, en casos como este, *“La figura del curador se torna de suma relevancia (...), a tal punto que inclusive está obligado (a) a promover la rehabilitación del insano [o de la insana] (doctrina del artículo 235 del Código de Familia) y en consecuencia no es una figura decorativa o ausente en el desarrollo del estado que se decreta, sino por el contrario, debe estar cercana en todo sentido, motivada y comprometida en la función que desempeña la que, además conlleva una serie de responsabilidades que enlista la legislación de familia. Ahora bien, atendiendo la especial finalidad que ostentan las diligencias de declaratoria de insania, está claro que lo más urgente es la designación del [o de la] representante para que, precisamente asuma las diversas labores señaladas en la ley, en particular la de administración de bienes de la persona declarada en estado de insania.”* (Voto n.º 1700-06, de las 11:30 horas del 24 de octubre de 2006). En el voto n.º 263-08, de las 14:20 horas del 6 de febrero de 2008, se estableció que *“ En este tipo de procesos (...) el INTERÉS SUPERIOR que se protege es el de la persona insana, que por su incapacidad requiere el nombramiento de un curador [o una curadora] (...). En tales términos lo establece la Carta Magna al indicar en el artículo 51 que el Estado y sus Instituciones deben velar por "los enfermos desvalidos".*” Ese interés supremo conduce, en la medida en que ello sea posible y no se convierta en una causa de vulnerabilización, al ejercicio personal de sus derechos y, fundamentalmente, a reconocerles el de ser interlocutores válidos, de manera tal que se escuchen y se valoren sus opiniones por quienes deben tomar decisiones que les afecten en forma directa.

En general, el ordinal 19 de la *Convención sobre los derechos de las*

personas con discapacidad reconoce el derecho de toda persona con discapacidad de vivir en forma independiente, elegir dónde y con quién hacerlo y tener acceso a servicios de apoyo en el hogar... (lo resaltado no es del original).

Resulta interesante, cómo desde el año 2012 (en el cual se dictó el voto referido), al igual que en los dos votos antes analizados; el Tribunal de Familia vislumbraba el cambio de paradigma en relación con la administración de justicia en los procesos de insania; pues se hace referencia a que la persona insana debe ser protegida a la luz de lo que sea su mejor interés, lo que implica tomar en cuenta sus opiniones y en relación con el nombramiento de un curador, de ninguna manera deberá conllevar a una vulneración de los derechos de la persona insana.

4. Voto número 849-2011/ de las once horas y cuarenta y cuatro minutos del cinco de julio de dos mil once (Recurso de Apelación/ Proceso de Insania, 2011).

El voto fue redactado por el Juez Rolando Soto Castro y refiere a un proceso de insania que fue tramitado ante el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José; solicitando la recurrente (quien es hija de la insana y hermana del curador) que se revoque el nombramiento de curador que recayó en su hermano el señor B respecto de su madre (a quien se declaró insana en la misma sentencia recurrida). Constando en autos, según refirió el Tribunal (considerando III párrafo 3° del voto en referencia) de que la recurrente estuvo presente en la audiencia de conciliación que se celebró en el proceso de insania, y en la que todos los intervinientes, incluida la recurrente, estuvieron de acuerdo con que se nombrara al señor B como curador de su madre.

Por tal razón el motivo de apelación que devino en el conocimiento en segunda instancia del Tribunal de Familia, se circunscribió no en la revocación

de la declaratoria de insania que al efecto se decretó, sino en cuanto a la persona que fue nombrado como curador de la insana, quien debe representarla y velar por su bienestar patrimonial, anímico y físico (en este sentido el Código de Familia en el artículo 236 establece quienes son los llamados a desempeñar el cargo de curadores legítimos).

El Tribunal señala en el considerando III, que la declaratoria de estado de insania así como el nombramiento de curador, tienen como finalidad la tutela de los derechos de las personas con discapacidad que entrañan la protección de estas personas con lo cual se deja atrás la vieja concepción de que perdían la facultad respecto de sus propios derechos, matándoles civilmente; en lo contundente el considerando referido establece:

... "Con base en esa importante normativa en materia de derechos humanos, la declaratoria del estado de insania y el consecuente nombramiento de un representante legal a quienes viven con una discapacidad temporal o permanente que les impide ocuparse de su cuidado y de la administración de sus bienes, son fundamentalmente institutos jurídicos de protección que no están vinculados, como antaño, a la pérdida absoluta de la posibilidad de ejercicio personal de los propios derechos. Mediante esos institutos jurídicos el Estado, a través de los órganos judiciales, cumple con su obligación de resguardarles, entre otros, sus derechos a la vida, a la salud y a la integridad, tanto física y psicológica como patrimonial. El propósito central de esos institutos es, entonces, determinar si una persona se encuentra en esa situación y, de ser así, tomar una serie de decisiones y previsiones que garanticen su integridad física y psicológica y eviten que sus intereses materiales y económicos se vean afectados de manera negativa... En relación con lo segundo, lo más trascendente consiste en encargar su cuidado y la administración de sus bienes a un curador o curadora idóneo... Ahora bien, atendiendo la especial finalidad que ostentan las diligencias de declaratoria de insania, está claro que lo más urgente es la designación del representante

*para que, precisamente asuma las diversas labores señaladas en la ley, en particular la de administración de bienes de la persona declarada en estado de **insania**.”...En el voto n.º 263-08, de las 14:20 horas del 6 de febrero de 2008, se estableció que “En este tipo de procesos (...) el INTERÉS SUPERIOR que se protege es el de la persona insana, que por su incapacidad requiere el nombramiento de un curador (...). En tales términos lo establece la Carta Magna al indicar en el artículo 51 que el Estado y sus Instituciones deben velar por “los enfermos desvalidos”. Ese interés supremo conduce, en la medida en que ello sea posible y no se convierta en una causa de vulnerabilización, al ejercicio personal de sus derechos y, fundamentalmente, a reconocerles el de ser interlocutores válidos, de manera tal que se escuchen y se valoren sus opiniones por quienes deben tomar decisiones que les afecten en forma directa. En general, el ordinal 19 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce el derecho de toda persona con discapacidad de vivir en forma independiente, elegir dónde y con quién hacerlo y tener acceso a servicios de apoyo en el hogar. Además, torna imperativo ofrecerle al sujeto cuya protección se pretende y a quienes puedan verse afectados por la decisión la más amplia oportunidad de debate.” (el destacado no es del original).*

Ante lo anterior es posible concluir que el Voto número 849-2011, también constituye un ejemplo del impacto que produjo en especial la ratificación de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad en la administración de justicia de los procesos de insania, en los cuales el vértice y norte del proceso lo constituye el mejor interés de la persona con discapacidad y que el proceso mismo no entraña limitar de forma absoluta al insano en el ejercicio de sus derechos, por lo que la figura del curador no implica la sustitución absoluta de la persona insana.

Sin duda alguna que el derecho internacional de los derechos humanos implica romper viejos paradigmas y con ello se abre el camino a la evolución del derecho de familia en especial.

5. Voto número 84-11/ de las diez horas diez minutos del veinticinco de enero de dos mil once (Recurso de Apelación/Proceso de Insania, 2011).

Correspondió la redacción del voto 84-11 a la Jueza Olga Marta Muñoz González, en virtud del recurso de apelación que se presentó en relación con la sentencia dictada en el proceso de insania tramitado ante el Juzgado de Familia del I Circuito Judicial de la Zona Sur, Pérez Zeledón; proceso que se estableció a favor de un adulto joven en virtud de que presentaba un retardo mental leve a moderado (irreversible e incurable) limitándolo para el ejercicio de algunos derechos y que según el dictamen forense aportado al proceso es una condición que ha estado presente en él desde los primeros meses de su vida lo cual produjo interrupción permanente de sus habilidades intelectuales, deterioro en sus capacidades de adaptación social, aprendizaje, control de impulsos y de comprensión, incapaz de administrar bienes de cualquier tipo o para realizar labores remuneradas, que requiere de la asistencia de terceros para su subsistencia y que de acuerdo con los trastornos de conducta, necesita atención especializada en psiquiatría; de manera ambulatoria.

El recurso fue planteado por la madre de la persona insana, en virtud de que no se declaró el estado de insania respecto de su hijo pese a que existía el medio de prueba pericial, idóneo y preciso en establecer las dificultades que médicamente limitan al joven.

En tal sentido, la segunda instancia revoca la sentencia del Juzgado de Familia, declara el estado de insania del joven y nombra a la recurrente como curadora; indicando específicamente en el considerando III párrafo segundo lo siguiente:

De donde se infiere mediante esta conclusión contundente, que el joven G., no ostenta capacidad para el manejo de bienes o dinero y que aún para el

manejo de su persona, requiere la asistencia de tercero, en este caso de su madre, quien se la brinda desde que era un niño y se establece la génesis, en la dificultad para el aprendizaje y para socializar y que persiste aún al día de hoy; porque del estudio social practicado se infiere que los propios profesores universitarios destacan sus problemas de aprendizaje, su tendencia al aislamiento, su incapacidad para socializar y el propio joven establece sus problemas de agresividad, su dependencia emocional de terceros y económica total de sus padres. **Cabe destacar y lo que es más grave aún es que la condición del joven es crónica, irreversible e incurable; con lo cual cabe la aplicación del instituto de la curatela en cualquiera de sus modalidades, porque el ordinal 230 del Código de Familia, no presenta distinción alguna, en torno a tipos de discapacidades....** Muy por contrario, el citado numeral establece, que estarán sujetos a curatela los mayores de edad que presenten discapacidad intelectual, mental, sensorial o física..., aunque en el primer caso tengan intervalos de lucidez... la legislación costarricense no establece distinguos, en torno al tipo de curatela por aplicar, según el tipo o grado de incapacidad del presunto insano. En este caso, el único profesional capacitado, para emitir la conclusión, lo es el médico forense especialista en la materia, por lo que el juzgador debe recurrir a su criterio, a fin de emitir conclusiones y que en la especie no brindan oportunidad alguna de diferir o apartarse del criterio técnico científico. Es que el retraso mental del joven le permita su asistencia personal, bañarse, lavar manos, dientes, comer, moverse de un lugar a otro por sus propios medios, sin ayuda, incluso estudiar con ciertos límites, no implica que no tenga barrera alguna a nivel cognitivo o intelectual y su propia experiencia de vida denota lo contrario, dado que siempre ha necesitado la asistencia de la madre para salir adelante. Declararlo insano, se constituye en un beneficio para el joven, que podrá ostentar la protección legal no solo de su madre, a través de la representación que hará ella; sino además de la protección estatal, incluso de rango constitucional, así como a través de la aplicación de las diferentes Convenciones e instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica, sobre

derechos de personas con discapacidad y además la Ley 7600, de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. La declaratoria de insania, no implica que el joven deje su proyecto de vida actual, sino que contará con el apoyo legal de su madre, cuando sea necesario, sin interferencias de ningún tipo, ni abusos de terceros, merced a la condición del muchacho. Muy por el contrario, la madre velará, plenamente investida, por los intereses de cualquier naturaleza del joven, coadyuvando a su realización personal como lo ha hecho hasta hoy; por lo expuesto se procede revocando la sentencia recurrida y en su lugar se acoge la presente solicitud y se declara el estado de insania del joven G. y se nombra a su madre L. curadora del joven. Sin especial condenatoria en costas.

El Tribunal indica que las disposiciones relativas al instituto de la curatela contenidas en el Código de Familia, no revelan de forma expresa que tipos de condiciones o discapacidades deben ser apreciadas para decidir sobre su procedencia o no y que en el caso de marras lo conveniente en aras de proteger los derechos del joven es precisamente declararlo en estado de insania y establecer el instituto de curatela, no para limitarle como persona sino para ayudarle en los aspectos en los cuales su discapacidad constituya una barrera que le permita discernir respecto de su mejor interés.

Una vez más, a partir del voto en referencia se permite concluir que el instituto de la curatela se va llenando de un significado más acorde con los derechos humanos, que implican el reconocimiento de la dignidad de las personas con discapacidad, apartándose del paradigma con el cual era abordado desde la perspectiva civilista, el derecho de familia tiene sus cimientos en principios que implican darle un significado más flexible a las normas, con base, en este caso concreto, de instrumentos jurídicos tales como; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (entre otros) y la Ley 7600.

Del análisis de los cinco votos referidos, se puede concluir que durante años antes de la entrada en vigencia de la Ley 9379, el hilo conductor de las personas juzgadoras en los procesos relativos a la declaratoria de estado de insania, procesalmente se enfocaba en las disposiciones del Código Procesal Civil (específicamente en lo concerniente a los procesos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria) y como norma sustantiva se fundamentaba en el contenido que al respecto ofrecía el Código de Familia y el Código Civil

Votos dictados antes de la Ratificación de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

A continuación se presenta el análisis de dos sentencias dictadas en procesos relativos a la declaratoria de estado de insania en el marco de un ordenamiento jurídico interno, aún limitado, con contenido y significado altamente civilista, desde luego perjudicial y en detrimento de los derechos de las personas con discapacidad, básicamente las sentencias encontradas se limitan a resolver aspectos eminentemente procesales destacando las garantías de un debido proceso; en los cuales el aspecto de los derechos humanos se encuentra escasamente limitado pues sólo se hace referencia a la Ley 7600, pero sin ahondar en los aspectos que implica el contenido de tal instrumento en relación con otros convenios internacionales de protección de los derechos humanos.

1. Voto número 1773-05/ de las ocho horas veinticinco minutos del veintidós de noviembre del dos mil cinco (Recurso de Apelación/ Proceso de Insania, 2005).

El voto fue redactado por la Jueza Ana María Trejos Zamora y refiere a un proceso de insania que fue tramitado ante el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José.

El motivo por el cual se presenta el recurso de apelación es en virtud de que el juzgado de primera instancia rechazó la solicitud de declaratoria de insania pues la promovente carecía de legitimación activa de acuerdo con lo establecido en el artículo 217 del Código de Familia, en su condición de conviviente del presunto insano.

La sentencia finalmente es confirmada por el Tribunal de Familia; sin embargo, hace referencia a la Ley 7600 en cuanto a la protección de las personas con discapacidad que la misma prevé, indicando a la recurrente que ante la falta de interés de los parientes que se encontraban legitimados para plantear el proceso de insania, puede recurrir a la Procuraduría General para que sea este quien plantee la acción:

En tal sentido el Considerando IV de la sentencia expresa:

Ahora bien, estima este Tribunal que en **aras de la protección especial que se otorga en la ley No.7600**, denominada igualdad de oportunidades para las personas con capacidad disminuida y su Reglamento, debe atenderse con sustento en el principio constitucional consagrado en el artículo 51, la necesidad de integrar la normativa en situaciones como las de análisis y en este sentido, podrá la señora promovente acudir a la Procuraduría General de la República, **a fin de que al no existir otras personas interesadas en la curatela del señor Chaves Oviedo, sea esta entidad quien gestione las diligencias de insania pertinentes.**

Sabemos que hoy en día estas situaciones se encuentran superadas, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley 9379 y en especial el artículo 8 de la misma, se produjo una reforma al artículo 847 numeral 2 del Código Procesal Civil, mediante la cual actualmente es posible:

“2) En el supuesto de que la solicitud no la realice la propia persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial, el solicitante o la solicitante indicará: su nombre y calidades, así como las de la persona para la que solicita la salvaguardia, y el parentesco **o relación que lo vincula con dicha**

persona.”

2. Voto número 961-05/ de las nueve horas treinta minutos del siete de julio del año dos mil cinco (Recurso de Apelación/Proceso de Insania, 2005).

El voto fue redactado por la Jueza Ana María Picado Brenes y refiere a un proceso de insania que fue tramitado ante el Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José.

La recurrente, quien a su vez es la esposa del presunto insano, se encuentra inconforme con la resolución del juzgado de primera instancia en virtud de que a través de la misma se dan por terminadas dichas diligencias ante la oposición del señor Gaspar Ortuño Sobrado (presunto insano), respecto a quien el órgano a que consideró que se encuentra legitimado para hacerlo de acuerdo con lo establecido en el artículo 847 que fue reformado el dos de mayo del año 1996 por la Ley 7600.

El Tribunal estimó procedente confirmar la sentencia recurrida, expresando específicamente el Considerando III lo siguiente en su parte conducente:

...Ley de Igualdad de Oportunidad de las Personas Discapacitadas, donde el **eje central de protección es precisamente la persona discapacidad**. El legislador quiso proporcionar a dicha población y sus familiares un camino más ágil, sencillo, barato y práctico, pues lo que interesa es la protección inmediata de dicha persona, así como de su patrimonio. **Dicha Ley pretende se imponga el Interés Superior del Insano por encima de ritualismos innecesario, que normalmente son de carácter procesal que tienden a la protección de lo patrimonial más que al ser humano como tal.** De ahí que con la Ley citada es claro que el procedimiento debe ser un canal para lograr la protección del insano y su patrimonio, pero nunca debe ser un obstáculo. Bajo esa línea de pensamiento deben ser interpretadas las normas de carácter procesal atinentes a la **Insania**. Conclusión a la que se llega de la

lectura misma de la Ley 7600 que reforma el artículo 847 mencionado, así como de los instrumentos Internacionales ratificados por nuestro país que tienden a la protección de las personas discapacitadas, y de nuestra Carta Magna, que en su artículo 51 señala el deber del Estado y sus Instituciones de proteger a las “personas desvalidas” lo cual equivale a las “personas discapacitadas” o “especiales”, términos estos últimos mucho más modernos y ajustados a la doctrina imperante sobre protección de dicho sector social.

La sentencia de marras consideramos, se acerca mucho a lo más cercano a una resolución que se emita con perspectiva de los derechos humanos de las personas con discapacidad, pues en la misma se hace referencia a la protección de la persona con discapacidad, sustituyendo sutilmente el término de insano o insana y previendo que el sentido de la Ley 7600 es la protección del interés superior de la persona antes que los ritualismos que impone la norma adjetiva que se vincula más a la protección de derechos patrimoniales antes que a la protección de la persona misma. Aunado a ello, la persona juzgadora recuerda las obligaciones que el Estado de Costa Rica ha adquirido tras ratificar instrumentos importantes en el tema de derechos humanos, que implica no solo a fundamentar las resoluciones sino a hacerlas efectivas.

Así las cosas, percibimos que las personas juzgadoras en su función de impartir justicia, aplicando la norma jurídica en cada caso concreto que es colocado dentro de la esfera de sus atribuciones, lo hacen procurando el respeto hacia los derechos humanos y fundamentales, al menos percibimos que esa es la regla y no la excepción, reconociendo que el cambio de paradigma implica cambios trascendentales que se subyacen en la idea central de no sustituir y desterrar a la persona con discapacidad de la posibilidad de ejercer sus derechos desde su perspectiva y acorde con el principio de una vida independiente.

B) Proceso de Salvaguardias.

Proceso diremos, entraña necesariamente la existencia de un sujeto imparcial y debidamente capacitado en cuanto a conocimiento y competencia a quien se le atribuye el conocimiento de casos concretos, asimismo se requiere la existencia de dos sujetos parciales a quienes se les denomina partes procesales, quienes según señala el jurista Montero Aroca (Juan Montero Aroca. Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar, 2001):

Parte procesal (en realidad parte sin más) es la persona o personas que interponen la pretensión ante el órgano jurisdiccional (demandante o actor) y la persona o personas frente a las que se interpone (demandado), o dicho de otra manera, quien pide la tutela judicial y frente a quien se pide. (p. 64)

Lo anterior, toda vez que se trate de un proceso contencioso y que por ende requiera una dualidad en las posiciones que cada parte tiene dentro del proceso, no así los procesos de salvaguardia que se ubican dentro de los procesos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, en los cuales no necesariamente implican la presencia de dos partes.

Así las cosas, se requiere que el derecho de acción que encuentra sustento en un derecho sustantivo y que se materializa en cualquier demanda o solicitud de parte, mediante el planteamiento de una situación o caso concreto, materializa la función jurisdiccional por medio de lo se denomina debido proceso, el cual debe en materia de discapacidad ser un proceso absolutamente garantista y siempre teniendo como norte el mejor interés de la persona con discapacidad mediante la efectivización de los principios a los que ya hemos hecho referencia.

Con la entrada en vigencia de la Ley para la Autonomía Personas de

las personas con Discapacidad, a partir del mes de agosto del año 2016, se produjo un importante cambio de paradigma acerca del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad a quienes se les reconoce y garantiza la capacidad de ejercicio de sus derechos, atributo este que se ampara con la filosofía de vida independiente y autonomía o autogobierno de las personas con discapacidad a quienes se les visibiliza y trata como sujetos titulares de derechos.

Así se introdujeron importantes reformas al Código Procesal Civil (Ley 7130 del 16 de agosto del año 1989), estableciéndose a partir de entonces, los siguientes cambios.

1. Se derogaron los artículos 868, 869 y 870 que conformaban la Sección Segunda que se denominaba “Curatela”, contenida en el Capítulo V, del Título Segundo, del Libro Cuarto de la Ley N.º 7130. De esta forma desaparece el instituto jurídico de la curatela que anteriormente se empleaba para las personas con discapacidad y que provocaba la invisibilización de dichas personas y prácticamente el curador lo (la) sustituía.
2. Se introduce vía reforma del artículo 819 de la Ley N.º 7130, específicamente en su numeral 4 que hoy dispone:

Artículo 819.- Casos que comprende: Se sujetarán al procedimiento establecido para la actividad judicial no contenciosa los siguientes casos:

... 4) Salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

3. Se reforma el título del Capítulo IV que se denominaba “Insania”, del Título Segundo, del Libro Cuarto de la Ley N. 7130, denominándose a partir de la reforma así: Capítulo IV: “*Salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.*”

4. Del mismo modo y acorde con los denominados procesos de salvaguardias, se reforma el artículo 847 de la Ley N.º 7130, respecto a la forma de iniciar dicho proceso.

En él se señala que el escrito inicial, que dicho sea de paso se trata de una solicitud por tratarse de un proceso no contencioso, en el cual se otorga legitimación activa a la propia persona con discapacidad, deberá sujetarse a los siguientes requisitos:

- 1) El nombre y las calidades de la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial solicitante.
- 2) En el supuesto de que la solicitud no la realice la propia persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial, el solicitante o la solicitante indicará: su nombre y calidades, así como las de la persona para la que solicita la salvaguardia, y el parentesco o relación que lo vincula con dicha persona.
- 3) Las razones que motivan de hecho y derecho la solicitud, lo que incluye la descripción de los bienes muebles e inmuebles propiedad de la persona que solicita o para la que se solicita la salvaguardia.
- 4) Un dictamen médico emitido por la Caja Costarricense de Seguro Social o por el médico especialista tratante que acredite la condición de discapacidad intelectual, mental o psicosocial de la persona que solicita o para la que se solicita la salvaguardia.

5. Se reforma el artículo 848 de la Ley N.º 7130, relativo al trámite por seguir en los procesos de salvaguardias, una vez que ante el órgano jurisdiccional se ha recibido la solicitud, para el caso la persona juzgadora, deberá proceder con el procedimiento siguiente:

Deberá designar un curador procesal como salvaguardia para la persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial durante el proceso, quien deberá brindar apoyo, orientación y asesoría legal a la persona con discapacidad, independientemente de quien haya solicitado la salvaguardia para la igualdad jurídica de la persona con discapacidad. Este curador procesal de ninguna

manera sustituirá a la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial, quien por el contrario mantendrá un papel activo, efectivo y protagónico durante todo el proceso.

El Poder Judicial deberá brindar información y capacitación a estos curadores procesales sobre el paradigma de abordaje de la discapacidad desde los derechos humanos. Cuando en virtud de una limitación funcional a la persona se le imposibilite apersonarse al proceso, el curador procesal estará en la obligación de garantizar imparcial y objetivamente que en la designación de la salvaguardia se respeten las disposiciones de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad y asimismo deberá actuar de conformidad con lo que sea más favorable a la persona con discapacidad.

2) Se ordenará que el Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, emita un dictamen integral de la condición de la persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, el cual deberá contemplar los siguientes aspectos:

2.1) Diagnóstico de la condición física, mental, intelectual, psicosocial y sensorial de la persona con discapacidad, para la que se solicita la salvaguardia. En este punto es crucial el papel del perito que se asigne en virtud de que deberá determinar en detalle sobre la discapacidad en aspectos tales como:

2.2) El carácter de temporal o permanente de la condición diagnosticada.

2.3) Las habilidades, la capacidad y las aptitudes de la persona con discapacidad para la que se solicita la salvaguardia, en cuanto a la toma de decisiones, en el ámbito legal, social, patrimonial, personal y financiero. El dictamen deberá rendirse en un plazo no mayor de un mes, para lo cual se tomarán las medidas que sean necesarias.

3) Se requerirá un informe del Departamento de Trabajo Social y Psicología del

Poder Judicial sobre la situación de la persona con discapacidad, así como de la persona que se propone para ejercer la salvaguardia.

4) Tomando en consideración la condición de la persona con discapacidad, fijará fecha, hora y lugar para un encuentro inicial con esta. Del resultado de la entrevista levantará un acta. Nótese la importancia de efectivizar el principio de inmediatez de las personas juzgadoras, quienes tendrán el deber de tener un contacto directo con la persona beneficiaria del proceso.

5. Se deroga del artículo 849 del capítulo IV de la Ley N.º 7130 y se reforma el artículo 850 en el cual se establece una salvaguardia provisional, en el supuesto de que la persona que solicita o a la que se le solicita la salvaguardia sea propietario de bienes muebles o inmuebles, así la persona juzgadora, en cualquier estado del procedimiento, podrá nombrar una salvaguardia provisional, para que durante el proceso apoye provisionalmente a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos patrimoniales.

6. A tono con la Ley 9379, se reformó el artículo 851 de la Ley N.º 7130 el cual prevé el establecimiento de la salvaguardia, previo análisis de:

- a) Dictamen médico presentado por la parte solicitante.
- b) Dictamen del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial.
- c) El informe de trabajo social.
- d) La entrevista con la persona con discapacidad.

En definitiva, la persona juzgadora resolverá si la persona solicitante o a la que se le solicita la salvaguardia requiere de esta y determinará la proporción o medida en la que requiere este apoyo. Si resuelve con lugar la solicitud, designará a una persona que fungirá como garante de la igualdad jurídica de la persona con discapacidad, con lo que cesará la salvaguardia provisional. Posteriormente se comunicará al Registro Público de la Propiedad, para su

respectiva anotación en los bienes muebles e inmuebles presentes o futuros, propiedad de la persona con discapacidad.

e) En relación con la condena en costas en un proceso civil cualquiera, sabemos que se rige por el principio de vencimiento, es decir quien vea frustradas sus pretensiones durante el proceso deberá pagarlas; conforme el artículo 852 de la Ley N.º 7130 que fue reformado, se indica que por la naturaleza del proceso no se declarará especial condenatoria en costas procesales, salvo que se compruebe que la solicitud fue realizada sin motivo o con mala fe. Sabemos que la buena fe se presume, en su caso la que deberá probarse es la mala fe que además, constituye una violación al principio de buena fe procesal.

Nótese que durante todo el proceso de salvaguardia es un imperativo que las normas sean interpretadas a favor de las personas con discapacidad, a fin de garantizar una igualdad sustancial respecto a la capacidad de ejercicio como atributo propio de la personalidad jurídica de cada persona, a quien en todo momento se le garantiza el respeto irrestricto a su dignidad; la cual no puede ser de ninguna manera disminuida por la existencia de una deficiencia.

Ahora bien, al referirnos a procesos de salvaguardias, se requiere de forma imperativa analizar presupuestos procesales que afectan a las partes y al órgano jurisdiccional; entendamos por presupuestos a aquellas circunstancias que deben observarse tanto en las personas usuarias del Poder Judicial que soliciten la judicialización de procesos de salvaguardias y el juzgado ante el cual se plantean dichas acciones que materializan el derecho sustantivo contemplado en la ley.

Así referiremos que jurisdicción: es el poder jurídico que tendría un funcionario del Estado (jueces o magistrados) para impartir justicia y que la competencia constituye la parte del poder jurisdiccional que puede ejercitar un juez o magistrado. La jurisdicción es el todo y la competencia es una parte de

ese todo; es decir que un juez o magistrado no podría asumir el conocimiento de cualquier asunto si el mismo por disposición legal no se encuentra atribuido a su competencia.

En lo que respecta a la competencia para conocer y tramitar las solicitudes de salvaguardia, el criterio para definirla es la materia, atribuyéndose así competencia objetiva y especializada a las personas juzgadoras de la jurisdicción de familia y el procedimiento a seguir se rige por el principio de gratuidad a fin de garantizar un auténtico acceso a la justicia.

En el mismo orden de ideas, vale indicar que la tutela judicial en los procesos de salvaguardias, sólo puede realizarse cuando quien comparece ante el órgano jurisdiccional afirma la titularidad del derecho subjetivo material; es decir que quien demanda determinada tutela judicial no puede referirla a cualquier derecho, debe necesariamente responder a los derechos que afirme como propios.

Así se prevé a través del artículo 8 de la Ley 9379, que están legitimados para solicitar la salvaguardia; la propia persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial; excepcionalmente, cuando en virtud de una limitación funcional a la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite solicitar por sí misma la salvaguardia la podrán solicitar los familiares como es el caso de las personas que se encuentran en un estado de compromiso de la conciencia, y a falta de familiares, estarán legitimadas la institución u organización no gubernamental que le brinde servicios, apoyos y/o prestaciones sociales a la persona para la cual se solicita la salvaguardia.

Obsérvese que la Ley 9379 plantea una regla general que legitima activamente en primer lugar a la persona con discapacidad para solicitarla y de forma excepcional a los familiares y/o instituciones relacionadas; es lógico pensar que sea la propia persona quien lo solicite en virtud de que es para su

propio beneficio a fin de acceder al goce y ejercicio de sus derechos.

Recuérdese que las salvaguardias se establecen de forma temporal y para ciertos actos específicos, así encontramos que las mismas personas señaladas en el párrafo que antecede se encuentran debidamente legitimadas para solicitar su revisión en cualquier momento y de oficio lo podrá hacer la persona juzgadora cada cinco años.

En lo referente a la forma que deben observar los actos procesales, vale indicar que algunos requieren que se realicen en forma oral en las audiencias respectivas y otros que se realizan en forma escrita, unos que se atribuyen a las partes y otros que se atribuyen a las personas juzgadoras. Concretamente en lo que respecta a la solicitud de salvaguardia, afirmamos que es un acto procesal de parte (partiendo desde quienes se encuentren legitimados activamente para ello), quien puede presentarla de forma verbal o de forma escrita garantizando así un efectivo acceso a la justicia.

Así en los procesos de salvaguardias observamos que el motor de los mismos lo constituye la persona con discapacidad y sus derechos, abriendo un espacio de absoluto respeto a su dignidad humana, pero que a su vez requiere no solo la efectivización de las normas contenidas en la Ley 9379, su Reglamento y las disposiciones del Código Procesal Civil, sino que la aplicación de los mismos debe necesariamente responder y partir de los principios que se recogen en el bloque de convencionalidad que los protege de forma primaria, que obligó a desaparecer del ordenamiento jurídico los procesos de insania los cuales a su vez por su nombre resultaban peyorativos y discriminatorios sino que obedecían a un modelo paternalista de abordaje de la discapacidad.

C) Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad y el CONAPDIS.

Antes de hacer referencia al Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de la Persona con Discapacidad y el CONAPDIS, se precisa remontarnos unos cuantos años atrás.

A partir de la creación y entrada en vigencia de la Ley N.º 5347 del 3 de septiembre de 1973, se creó el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial (conocido por sus siglas Cnree) cuya función primordial era la de orientar la política general en materia de Rehabilitación y Educación Especial en coordinación con los Ministerios de Salubridad Pública, Educación Pública, Trabajo y Seguridad Social, así como la Planificación, Promoción, Organización, Creación y Supervisión de Programas y Servicios de Rehabilitación y Educación Especial para personas físicas o mentalmente disminuidas, en todos los sectores del país.

Sus funciones se establecieron en el artículo 2 de la Ley 5347 (Ley 5347, 1973) y de forma expresa se consignaron 8:

Artículo 2.

El Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, tendrá las siguientes funciones:

- a.** Servir de instrumento coordinador y asesor entre las organizaciones públicas y privadas que se ocupen de la Rehabilitación y la Educación Especial.
- b.** Coordinar un Plan Nacional de Rehabilitación y Educación Especial que integre sus programas y servicios con los Planes específicos de Salud, Educación y Trabajo, evitando duplicaciones y utilizando los recursos económicos y humanos disponibles.
- c.** Promover la formación de profesionales especialistas en rehabilitación y educación especial, en conexión con las Universidades y entidades que tengan a su cargo la preparación de personal profesional, técnico y administrativo.

- d.** Fomentar medidas que aseguren las máximas oportunidades de empleo para los disminuidos físicos y mentales.
- e.** Organizar el Registro Estadístico Nacional de los Disminuidos Físicos o Mentales para su identificación, clasificación y selección.
- f.** Motivar, sensibilizar e informar acerca de los problemas, necesidades y tratamiento de la población que requiere de Rehabilitación y Educación Especial.
- g.** Gestionar en coordinación con los Ministerios respectivos la provisión anual de los fondos necesarios para la atención debida de los programas de Rehabilitación y Educación Especial asegurando su utilización para los fines establecidos.
- h.** Coordinar con los Ministerios y Organismos Nacionales e Internacionales la canalización por medio del Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial; y, además estimular la superación del personal solicitando becas adicionales.

A todas luces, evidencia que el espíritu del Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, surge dentro de un contexto sociocultural de abordaje de la discapacidad en el que esta era entendida como un problema intrínseco de la persona, perspectiva propia del modelo asistencialista imperante a inicios del Siglo XX, a partir del cual consideraba a las personas con discapacidad como seres rotos o enfermos debiendo por parte del Estado obligarse a rehabilitarlos y normalizarlos para integrarlos a la sociedad, entendiendo desde este modelo a la discapacidad como una enfermedad y la persona con discapacidad es vista en su individualidad y no en el contexto que hace parte de su realidad.

Lo anterior se aleja del modelo de derechos humanos que fue tomando consciencia en la comunidad internacional para el año 2006; con la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, razón de peso que implicó la necesidad imperiosa de que en años posteriores se realizara una

reforma integral, la que en la medida de lo posible procuraba que tal institución se guiara a partir de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (Ley N.º 7600 aprobada el 2 de mayo del año 1996), mediante la cual se busca lograr una igualdad sustancial disminuyendo las diferencias a partir de la equiparación de los derechos de las personas con discapacidad mejorando así sus condiciones de desarrollo en términos de salud, educación, trabajo, infraestructura, transporte, cultura, deporte y comunicación.

Así se pretendía un novedoso cambio de paradigma que requería de una perspectiva distinta de abordaje de la discapacidad, entendiéndola como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo) 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 las demás; es decir pretender arrancar de raíz la concepción inicial (problema intrínseco de la persona con discapacidad) y es así como el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial sustituyó a la Comisión Nacional de Rehabilitación y Educación Especial creada en el año 1971.

Durante el año 1996 y mediante Pronunciamiento N.º C-205-98 de la Procuraduría General de la República (PGR), se ratificó al Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial como ente rector en materia de discapacidad, encargado de planificar, coordinar y asesorar a todas las organizaciones públicas y privadas que desarrollen programas o presten servicios a la población con discapacidad del país. En este punto, nótese que el contexto de abordaje se llena de contenido a partir del modelo social logrando con ello una reivindicación de los derechos de las personas con discapacidad, específicamente en lo que respecta a la capacidad de goce, modelo que se cimienta en principios tales como la independencia, autosuficiencia, transversalidad y la concepción de la discapacidad como un problema social y no de la persona, dicha forma de concebir a la discapacidad de legitimó

concretamente con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley N.º 8661), cuya finalidad tal como se ha señalado a lo largo de la presente investigación busca de acuerdo a lo establecido en el artículo 1; *“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 la dignidad inherente”*.

Sin embargo, para lograr con tal cometido, los Estados que han ratificado el instrumento referido requieren implementar medidas internas a fin de alcanzar un ejercicio progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, debiendo emplear el máximo de recursos disponibles para la implementación y supervisión del cumplimiento de leyes y políticas públicas que surjan como acciones afirmativas a favor de las personas con discapacidad.

Años después, específicamente para el 30 de agosto del año 2012, la Asamblea Legislativa decretó una reforma integral a la Ley de Creación del Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial N.º 5347 (Martín Monestel Contreras María Eugenia Venegas Renauld, 2012) señalando los siguientes cambios:

- Créase el Consejo Nacional de Discapacidad (Conadis), como ente rector en discapacidad, encargado de orientar la política nacional en discapacidad, en coordinación con las demás instituciones públicas, en todos los sectores del país.
- Las funciones y facultades del Conadis: a) Servir como instrumento coordinador y asesor entre las organizaciones públicas y privadas que brindan apoyo a la población con discapacidad. b) Evaluar y fiscalizar el cumplimiento por parte de los Poderes del Estado y de las organizaciones e instituciones públicas y privadas, de la normativa nacional e internacional vigente sobre derechos de las personas con discapacidad. c) Definir y elaborar la política nacional en discapacidad, en consulta con las organizaciones de personas con discapacidad, y en coordinación con las demás políticas y programas de Estado, evitando duplicaciones y utilizando los recursos económicos y

humanos disponibles. d) Promover la inclusión de contenidos sobre discapacidad en los procesos formativos, en conexión con las universidades y entidades que tengan a su cargo la preparación de personal profesional, técnico y administrativo. e) Asesorar a las dependencias del sector público y a los gobiernos locales, para lograr la constitución y el funcionamiento adecuado de las comisiones institucionales y municipales sobre discapacidad. f) Coordinar con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, la inclusión de la variable discapacidad en los censos de población y las encuestas de hogares, para contar con datos confiables sobre la población que presenta discapacidad. g) Concienciar, formar e informar sobre los derechos y necesidades de la población con discapacidad y luchar contra los prejuicios existentes relacionados con discapacidad, mostrando a la sociedad las muchas capacidades de las personas con dicha condición. h) Gestionar en coordinación con los ministerios respectivos, la provisión anual de los fondos necesarios para la atención debida de los programas que benefician a la población con discapacidad, asegurando su utilización para los fines establecidos. i) Coordinar con los ministerios, organismos nacionales e internacionales la canalización y el otorgamiento de las becas para el adiestramiento de personal en los campos relacionados con la discapacidad; y, además estimular la superación del personal solicitando becas adicionales. j) Asesorar legalmente a las y los ciudadanos con discapacidad y dar seguimiento a las denuncias de violaciones de derechos planteadas por personas con discapacidad tanto en el nivel administrativo como judicial. k) Realizar y coordinar con las organizaciones de personas con discapacidad, procesos de consultas sobre legislación, planes, políticas y programas, en coordinación con las diferentes instituciones públicas y poderes del Estado, evitando duplicidades y previendo la asignación de recursos. l) Desarrollar procesos que animen el involucramiento de los medios de comunicación en la difusión de una imagen respetuosa y positiva de las personas con discapacidad. m) Todas aquellas funciones y obligaciones derivadas de la Ley N.º 7600, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás normativa nacional e internacional vigente.

Es importante destacar que ya se estaba vislumbrando un cambio de

paradigma respecto del abordaje de la discapacidad en el cual dichas personas eran con mayor frecuencia visibilizadas dentro de la sociedad costarricense, pero faltaba un paso más, el abordaje respecto del reconocimiento de una capacidad jurídica universal e inclusiva.

En el orden cronológico con el cual se inició el desarrollo de esta sección, apuntamos a continuación, el día siete de mayo del año dos mil quince, en virtud de que vía decreto surge la creación de la Ley 9303 de Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (CONAPDIS), institución que en la actualidad constituye el máximo ente rector en discapacidad, a quien se le atribuye la responsabilidad de promover y fiscalizar el cumplimiento de los derechos humanos de la población con discapacidad en el Estado de Costa Rica contribuyendo así en la importante labor de fomentar el desarrollo inclusivo de dichas personas en todos los ámbitos de la sociedad.

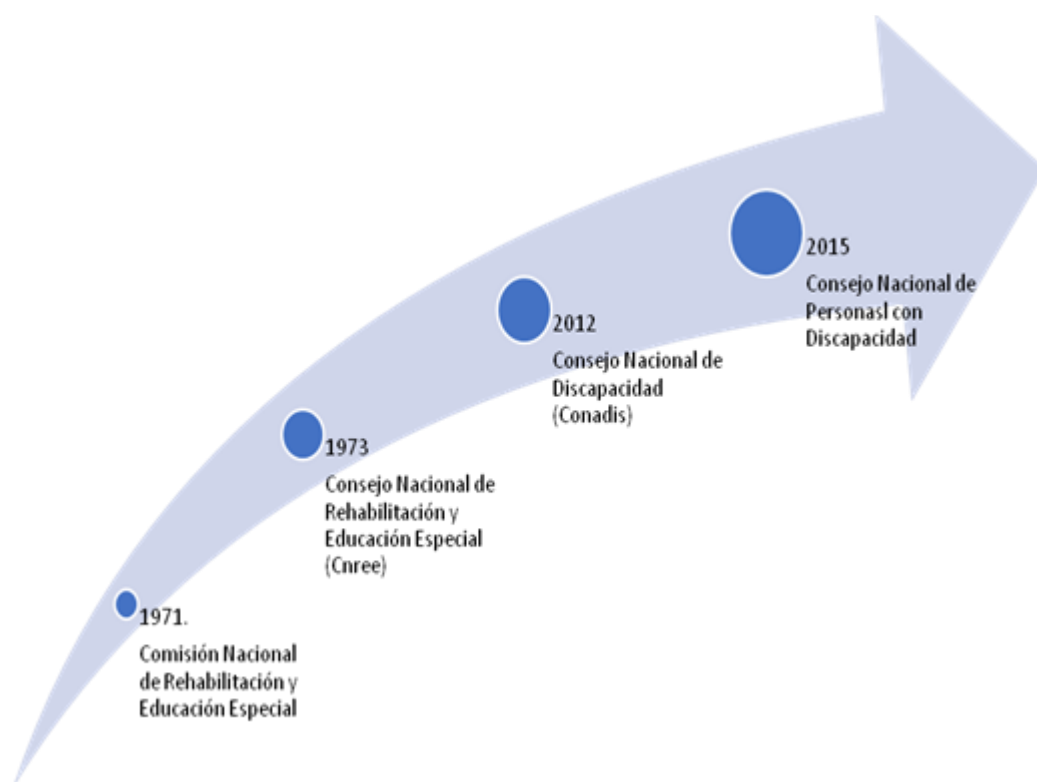
La naturaleza jurídica del CONAPDIS subyace en diversos instrumentos jurídicos nacionales y otros de origen internacional que han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno y que constituyen un importante bloque de convencionalidad para la materia en el Estado Costarricense:

- La Constitución Política que mediante el artículo 51 vincula la protección de la población que se encuentra en situación vulnerable en su ámbito familiar.
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ratificada por medio de la Ley N° 8661), aprobada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas y que constituye piedra angular de la Ley 9379.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, es a partir de este instrumento que se busca un abordaje de la discapacidad basado la efectivización de una autonomía personal con perspectiva de género y de derechos humanos, lo cual conlleva al análisis de la discapacidad y las relaciones y los roles de género entendidos estos como construcciones sociales a partir de las de las diferencias biológicas entre los sexos.

- Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos) la cual subyace a partir del principio de igualdad y no discriminación.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.
- Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas integrales para las personas con discapacidad en el Área Iberoamericana.
- Plan de Acción del Decenio para el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad y el respeto por su dignidad.
- Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para personas con discapacidad.
- La Ley de Igualdad de Oportunidades (Ley N° 7600), mediante la cual se establecen principios fundamentales tales como el acceso a la educación, al trabajo, a los servicios de salud, al espacio físico, medios de transporte, a la información y tecnología.
- La Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad (Ley N° 9303) y su Reglamento (aprobado en el mes de abril del presente año).
- Ley de Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (Ley 9303), en ella se establecen sus fines los cuales coadyuvan a la aplicación de la Ley 9379.
- Decreto 26831-MP, referente al Reglamento de la Ley 7600 de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad en Costa Rica.
- Decreto 27006-MP, referente a la Creación del Proyecto de Servicios Sustitutivos de Cuido Familiar para personas adultas con discapacidad en situación de abandono y/o riesgo social provenientes del PANI.
- Decreto N° 36524-MP-MBSF-PLAN-S-MTSS-MEP, mediante el cual se oficializa la Política Nacional en Discapacidad 2011-2021.

Los citados instrumentos jurídicos (los cuales son de distinta jerarquía normativa) como se ha afirmado líneas arriba, forman parte del marco jurídico

vigente en materia de discapacidad, cuya existencia se liga a la finalidad de promocionar, garantizar y asegurar el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, con miras a su reconocimiento, en igualdad de condiciones, como sujetos de derecho, en todos los ámbitos de la vida, sean, sociales, jurídicos, familiar, políticos, civiles, patrimoniales, educativos, recreativos, laborales, entre otros.



El esquema que antecede muestra un resumen cronológico de los distintos entes que se han creado con la intención de tutelar los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de los distintos abordajes de la discapacidad, desde aquellos en los que la discapacidad se concebía como un problema intrínseco de la persona, hasta aquel modelo que los visibiliza y concibe la discapacidad como un problema social que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo) y las barreras debidas a la actitud y al entorno que

evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones.

C) Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad.

Tal como se ha apuntado a lo largo de la investigación sabido es que dentro de las personas con discapacidad, existen personas que requieren obligadamente de una asistencia personal humana para la realización de las actividades de la vida diaria y para ejercer su derecho a la autonomía personal, en igualdad de condiciones que el resto de la población; así se ha ordenado legalmente al Consejo Nacional de Personas con Discapacidad a desarrollar y poner en práctica el Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad y la implementación de acciones necesarias a fin de cumplir con los requerimientos de la Ley 9379.

Con la entrada en vigencia de la ley referida, se crean conjuntamente, el Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, como una prestación económica estatal y la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (Conapdis), que tendrá a cargo dicho programa, constituyendo su objetivo principal lograr a nivel nacional la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad cuyo fin es la ejecución de dicho programa.

Así las cosas, el Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad se orienta en dos objetivos fundamentales ((Conapdis), 2018, pág. 6):

Objetivo general del programa; contribuir a que las personas con discapacidad en situación de pobreza y que requieren necesariamente

de apoyos para la realización de actividades de la vida diaria, ejerzan su derecho a la autonomía personal, a través de la asistencia personal humana, y/o servicios de apoyo, de manera que puedan controlar, afrontar, tomar y ejecutar sus propias decisiones.

Objetivo específico del programa: Transferir prestaciones económicas para el financiamiento de la asistencia personal humana, requerido por personas con discapacidad en condición de pobreza, para el ejercicio de este derecho.

Siendo concebidas como personas en condiciones de vulnerabilidad las personas con discapacidad (Reglas de Brasilia), es imperativo que el Estado Costarricense busque minimizar las diferencias de carácter económico que también enfrentan en algunos casos dichas personas a fin de poder acceder a un asistente personal que contribuya a efectivizar su autonomía personal.

En la Ley 9379, a través del artículo 20 en consonancia con el artículo 29 del Reglamento de la ley referida, se establecen las siguientes funciones para dicho programa:

Determinar si la persona requiere la asistencia personal humana y la prestación económica para financiar los costos de esta, de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley 9379.

Aprobar el plan individual de apoyo: el cual determinará el tipo de soporte que la persona con discapacidad requiere en la realización de las actividades básicas de la vida diaria, la intensidad y el número de horas al día en el que precisa de este, con el fin de que la persona con discapacidad alcance autonomía personal y vida independiente. Para la determinación del tipo de apoyo, su intensidad y cantidad de horas brindadas, este será elaborado por la persona con discapacidad o, si lo requiere, en conjunto con otra persona,

este deberá ser avalado por el personal técnico y profesional del Programa de Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad.

Dictar los procedimientos y las técnicas para apoyar a la persona con discapacidad receptora de la asistencia personal, en la determinación objetiva y real de los tipos de apoyo que requiere para la realización de las actividades básicas de la vida diaria y el número de horas al día.

Otorgar a la persona con discapacidad una prestación económica mensual para que financie los costos de la asistencia personal.

Revisar, a instancia de parte o de oficio, el plan individual de apoyo.

Suspender la prestación económica para financiar la asistencia personal humana a la persona con discapacidad, cuando incumpla las disposiciones contenidas en el convenio.

Contar con un registro de las personas que fungen como asistentes personales y de las organizaciones no gubernamentales o empresas que brinden este servicio.

Suscribir convenio con la persona con discapacidad receptora de la asistencia personal para garantizar la inversión de la prestación económica, de conformidad con el plan individual de apoyo y la filosofía de vida independiente y autonomía personal o con quien esté designado legalmente como su garante para la igualdad jurídica. La finalidad de la suscripción del convenio es garantizar que la prestación económica otorgada al amparo de Ley 9379 sea utilizada exclusivamente para financiar los costos de la asistencia personal humana, así como establecer las consecuencias por el incumplimiento a este. En todo convenio se deberá garantizar que quienes sean asistentes personales tendrán que estar debidamente acreditados por el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA).

Fiscalizar, de oficio o a solicitud de parte, que las personas que funjan como

asistentes personales cumplan con el plan individual de apoyo y las disposiciones de la ley 9379 y su reglamento.

La responsabilidad de la ejecución del Programa corresponde:

- Al director (a) de la Dirección de Desarrollo Regional,
- A la Unidad de Autonomía Personal y Protección Social y
- A las sedes regionales:
 - Sede Regional Brunca (Pérez Zeledón)
 - Sede Regional Central Norte (Heredia)
 - Sede Regional Occidente (Naranjo)
 - Sede Regional Oriente (Turrialba)
 - Sede a Regional Central Sur (Heredia)
 - Sede Regional Chorotega (Santa Cruz, Guanacaste)
 - Sede Regional Atlántica (Limón)
 - Sede Regional Pacífico Central (Puntarenas)

En opinión de las investigadoras y el investigador, consideramos que el Conapdis, el Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad y la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente, constituyen en su conjunto herramientas claves que coadyuvan en la efectivización del nuevo abordaje de los derechos de las personas con discapacidad a fin de poder materializar lo concerniente al acceso de las salvaguardias consignadas en la ley y con la garantía de cero barreras de acceso y basadas en el modelo social y de derechos humanos.

SECCIÓN III. Aspectos Médico-Legales indispensables para el abordaje de la Discapacidad de conformidad con el nuevo paradigma.

A) Aspectos Generales sobre la Valoración Probatoria en Procesos de Salvaguardia.

La sección que se abordará introduce la visión probatoria como medio idóneo para valorar, observar, decidir y resguardar los derechos que se encuentran insertos dentro del conflicto, en el que se encuentran privando los derechos de las personas con discapacidad. La recolección probatoria es indispensable en todo sentido para que la persona juzgadora, pueda contextualizar cómo se desarrolla o no la persona con condiciones de vulnerabilidad, por lo que implica analizar con detenimiento los parámetros útiles y pertinentes dentro de la prueba.

El universo probatorio es uno de los caminos dentro del proceso que contiene gran importancia, ya que de él emanará la decisión que la persona juzgadora tomará para resolver el conflicto, presentándose diversidad de situaciones, sea por las partes o la misma prueba, ello con el objetivo de que las pretensiones que han sido solicitadas, se escuchen y se reparen en unión con la normativa que en su momento encaje de acuerdo con el cuadro fáctico.

Unido a lo anterior, el rol que la persona juzgadora tendrá dentro de este campo podría ser expectante o con miras a dilucidar la prueba, que en realidad traerá el conocimiento de los hechos que se aparejan; sea de una forma más clara, ambigua u oscura. De esta manera se delimita la verdad real, por medio de razonamientos fácticos que constituyen un argumento válido para la interpretación probatoria, Taruffo (2008) en este sentido acota *“el hecho en litigio, sólo se puede identificar de acuerdo con la norma jurídica que se usa*

como criterio para decidir”, razonamiento que posiblemente es inflexible de interpretación que en gran medida debe ser un norte que debe ser observado con detenimiento dentro de la participación probatoria.

Mediante la concatenación de medios de prueba, vistos como cualquier elemento que aporte veracidad al cuadro fáctico, en unión con el camino entre la observación y fundamento de las decisiones, se delimitaría por ende el uso de la razón mediante la valoración probatoria, que en ningún momento puede abstraerse de la realidad y basarse en premisas que devengan de juicios impropios, sin un fundamento claro.

Bajo esta línea es necesario que la persona que juzga discrimine de forma efectiva lo que realmente importa para el proceso, siendo vigilante de los hechos en litigio, a fin de encaminar y muchas veces enderezar un conflicto plagado de vicisitudes probatorias que pueden significar hechos empíricos que como su nombre lo indica, podrían ser previas o falsas percepciones de cómo pudo haber ocurrido el hecho que se trata de probar. Se debe ir discurrendo en dimensiones tales como la axiológica o empírica, siendo una labor bastante difícil en la construcción de un razonamiento que permita balancear la prueba y su veracidad, ello porque la disociación en estos términos debe hacer de forma cautelosa a fin de tener un conocimiento jurídico que conlleve a tomar la decisión judicial arraigada a la veracidad de la misma.

Debe recordarse que dentro de esta ponderación entre hechos y prueba, el elenco de situaciones que presentan las partes han ocurrido en el tiempo y el espacio, correspondiendo enunciar de forma fáctica el hecho en su multiplicidad de posibilidades, que en todo caso deberían convencer o no a quien administra justicia, que si bien corresponde a las partes defender sus argumentos, la persona que administra justicia debe enfatizar en cada momento de producción de los hechos y su consonancia con el abordaje que deberá hacer frente a ese proceso interno que le conlleva dictar una sentencia.

Lo anterior, porque de forma indistinta de la materia que se resuelva la verdad judicial debe privar entre la unión de esos elementos de prueba y/o el conocimiento de la o el Juez que deberá fundarse en premisas fácticas fiables que serán enlazadas por los medios de prueba. Taruffo (2008) expone “*un procedimiento en el cual los tribunales ni siquiera tratan de llegar a la verdad, es de manera manifiesta, un procedimiento injusto*”, no debiendo dejarse de lado que la persona juzgadora está llamados a vigilar la contienda probatoria que permitirá convencer, discriminar, escoger, razonar y hasta ponderar cada uno de los hechos que las propias personas insertas en el proceso hacen llegar.

Al menos en la materia de familia no puede obviarse la intrínseca relación que contiene la prueba y su unión con la sensibilidad de la misma, sin embargo no quiere decir que todo lo que se conozca sea esa verdad judicial que presuntamente representan las partes mediante sus pretensiones, si bien la materia permite la libre valoración de la prueba, la balanza de los hechos y su facticidad probatoria están íntimamente relacionadas a fin de buscar el mejor ajuste sobre el conocimiento de los mismos

El sistema de valoración probatoria conocido en este campo judicial descansa en la sana crítica racional donde Cafferata citado por Mena (2011) indica “*que ella permite que el Magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón*”, lo que permite inferir esa necesidad tal y como se anotó de que la o el juez pueda apreciar de forma racional la prueba evidenciando su idoneidad para fundar una conclusión lógica-

Todo este proceso de argumentación, razonamiento, hechos controvertidos y material probatorio, conjugan en sí mismo el elenco del cuadro fáctico, Falcón citado por Mena (2011), relata que “*los jueces no se impresionan por el lenguaje de los escritos, sino por las pruebas que se aporten*”, mientras que Cafferata Nores citado por el mismo autor resalta que “*la prueba es el*

medio más confiable para descubrir la verdad real, y a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales”.

Posibilitando pensar que este camino debe ser una conjugación que encamine el proceso, así como las valoraciones probatorias de la persona juzgadora, ello bajo una fundamentación de cada uno de esos razonamientos que vendrán a explicar el porqué de una decisión judicial, sobre hechos relevantes o no que sopesan la afectación de algún derecho humano.

Notablemente, desde esta conceptualización y razonamiento probatorio, es dable indicar que la persona juzgadora es eso “una persona”, de la cual se suscitan contradicciones, veracidades, prejuicios, habilidades, destrezas y deficiencias cuando en el momento de analizar la prueba se trata, no todo es verdad, no todo está empañado de fiabilidad y no siempre se expondrá la mejor decisión.

Un proceso altamente riguroso de pensamiento entre premisas, hechos, prueba y conclusiones que en gran sentido enlazan desde el inicio de una pretensión hasta llegar a una sentencia, resguardando cada derecho de las partes, pero aparte de ello, vigilar los hechos como caminos probatorios, definitivamente es una labor de observación y discriminación para llegar a la verdad judicial del conflicto.

Dentro de este camino de interpretación probatoria es importante centrarse en aquellos indicios y resultados, que determinarán el panorama fáctico dentro del conocimiento que apareja intercalar los principios, características, derechos y deberes que conlleva el abordar por un lado la Ley N°9379 y por otro la responsabilidad civil que se entreteje dentro de esta comprensión.

La norma 8, párrafo segundo del Código de Familia de Costa Rica, anota *“los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los*

elementos de convicción que los autos suministren, pero en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración”

Involucra, por ende, que la prueba sea fortalecedora del cuadro fáctico, conlleve la probanza de lo que se peticiona y se extraiga la verdad real, siendo oportuno en este sentido mencionar que frente a la Ley N°9379, acarrea doble labor de cuidado, entre sus normas y la resolución del conflicto que conlleva la participación de las personas con discapacidad o con condición psiquiátrica.

Normalmente la Autoridad jurisdiccional tomará en consideración las pretensiones de las partes, sus argumentos y por último, las pruebas que ha considerado se han obtenido; para llevar a cabo, por medio del convencimiento, dar cabida a aquellos hechos fácticos que se balancean en la veracidad.

El numeral 41 de la Constitución Política cita *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, debe hacerse justicia pronta cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”*.

Lo anterior es de suma trascendencia tenerlo presente, ello porque pareciera que la prueba en materia familiar en consonancia con el tema afín, es un hecho evidente, notorio y apegado a la sensibilidad. Sin embargo, la practicidad diaria manifiesta que valorar derechos de un sector de la población con normas no claras en interpretación y tramitación, podría ser un infinito grupo de premisas incoherentes.

Corresponde, además, tener conciencia de que, si bien nuestros Tribunales de Justicia se encuentran obligados a realizar justicia pronta, en términos de discapacidad, la tramitación y valoración del proceso merecen en todo momento la sensibilidad de la materia, pero sobre todo de conocimientos arduo en temas afines.

Pareciera que observar las hipótesis, valorar pedimentos, tomar decisiones y hasta emparejar derechos como obligaciones civiles, es un

proceso no complejo, sin embargo, conlleva tal como se ha argumentado; una ponderación de derechos tanto personales como del debido proceso, en un entorno protector y apegado a la verdad real.

El significado de Sana Crítica dentro del derecho, es prisma esencial para determinar la mayoría de las ocasiones, como punto de partida, a fin de conocer o dar valor a las pruebas que se encuentren dentro del proceso.

SENTIS MEIENDO, citado por Jiménez (2010) explica el significado de la Sana Crítica de la siguiente forma:

La expresión sana crítica es una construcción nominal sustantiva, en la cual el adjetivo “sana” califica una cualidad permanente de “crítica”. En las construcciones nominales o grupos sin táticos nominales, el objeto del adjetivo consiste en precisar la significación del sustantivo pues los especifica. El adjetivo sano con crítica sana. Por su parte, crítica puede tomarse como arte de juzgar la bondad, verdad y belleza de las cosas. Y arte es conjunto de preceptos o reglas necesarias para hacer bien una cosa, de estos tres conceptos podríamos extraer que la sana crítica es un conjunto de preceptos o reglas para juzgar la verdad de las cosas, libre de error o de vicio.

Bajo este sistema se puede inferir que básicamente la valoración probatoria recae en la libre convicción total, donde la persona juzgadora tiene absoluta libertad de decidir el destino del proceso, sin tener que fundamentar sus decisiones, cuyo sistema muchas veces es tradición de los sistemas del derecho del “común law” mediante los jurados, descansando ello en la prueba tasada, dependiendo claro está en un sistema procesal determinado.

Jiménez Mata (2010) argumenta en este sentido

Cuando se estudia la sana crítica racional como uno de los sistemas de valoración probatoria, se habla siempre de las “reglas de la sana crítica” (...) algunos hablas que son la psicología, el correcto entendimiento humano, la experiencia o el sentido común, sin embargo, si bien esos mencionados elementos son considerados parte de la integralidad del

contenido intelectual racional de la sana crítica, en realidad las reglas son otras, son manifestaciones contenidas en esos elementos fundamentales y tiene algunos sentidos divergentes en dependencia con la materia jurídica de la que esté tratando.

La apreciación que realiza quien juzga, dependerá en este sistema de los hechos, controversia y probanzas que se tengan dentro del panorama fáctico, mediante una valoración de peso posiblemente en una balanza normativa, detrás de una inflexibilidad tasada en cuanto a requerimientos previamente establecidos.

Posiblemente en el derecho de familia y el entorno de la discapacidad, la sana crítica, podría reñir con principios fundamentales que tratan de garantizar una apertura sistemática basada en la sensibilidad, ponderación de derechos, flexibilidad, garantías procesales y una ecuación derechos-deberes, que en todo caso viene a sopesar un ambiente entre lo normativo y lo sustancial para una decisión, acorde al proceso.

Al contrastar lo anterior es óbice reflexionar en el sistema de libre valoración probatoria, es cual es utilizado en nuestro ordenamiento jurídico a la luz de un sistema procesal más humanitario y moderno, tratando de realizar un análisis más acorde y real de acuerdo con los hechos que deben demostrarse.

Explica Jiménez Mata (2010)

...por ello los sistemas procesales que responden a la naturaleza de una justicia más humana acorde con lo que se denomina tutela de la realidad, lo han adoptado para sí, como sucede en el caso del derecho laboral, el derecho de familia o el derecho agrario que como se sabe, conforman el llamado triángulo de los procesos de humanización y que comparten una serie de principios procesales propios.

Encamina lo anterior a visualizar principios de la materia familiar que vienen a determinar en gran medida un abordaje, valoración y razonamiento de forma sistemática que permita en todo momento comprender el conflicto apegado a las normas, pero con un sentido sensible, enraizado dentro de la tutela judicial efectiva y el hecho de contener la presencia de las personas como ejes centrales del conflicto social.

Dentro de esta línea Picado Vargas (2007) citado por Jiménez Mata (2010) indica:

Este sistema permite al juez de instancia formar libremente su convicción pero a la vez, lo obliga a establecer sus fundamentos sobre la misma (...) en dicha valoración intervienen las reglas de la lógica y la experiencia del juzgador, pero sin el hecho de que el juez pueda resolver antojadizamente, pues debe fundarse en los principios de equidad o de derecho en que se basa (...).

Naturalmente se confía a la persona juzgadora la permisión u obligación de realizar la valoración probatoria, la cual está sujeta tanto a las normas jurídicas, hechos, indicios, pruebas, teoría del caso y hasta la evidencia sustancial que podrá o no contribuir a cada uno.

Permite entonces preguntarse dentro de esta investigación ¿descansa el proceso en las manos de quien juzga, en apego a su conocimiento e interpretación subjetiva?

Naturalmente la prueba es en gran medida la colaboración que se tiene para entrar a conocer las pretensiones de las partes, solicitudes y hasta permite tomar balancear el peso de cuál de las personas del conflicto mantendrá su derecho o no.

El análisis probatorio en materia de discapacidad conlleva a visualizar con detenimiento cuáles derechos podrían vulnerarse, mejorarse y hasta protegerse, todo dentro del mar de posibilidades que mantendrá quien juzga o pondera esos derechos.

Las personas convencionales, llámense quienes mantienen sus facultades mentales y/o corporales de frente a las personas con amputaciones, trastornos mentales, enfermedades congénitas y en fin un sinnúmero de situaciones, penden en gran medida dentro de un proceso del conocimiento de la Autoridad Judicial. Además, comprende la aplicación probatoria que dentro de la formulación de motivación y fundamentación juega un papel importante, la experiencia, la percepción humana y la imparcialidad, unidas muchas veces en subjetividad de la o el Juez que en comunión con los conocimientos de la norma protectora o no, bajo una aplicación no contextualizada o apartada a las razones que cobijan a la persona con discapacidad.

El artículo 2 literal g, párrafo primero y segundo de la Ley de Autonomía Personal (Ley 9375), introduce el proceso de Salvaguardia, definiéndolo de la siguiente manera:

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. La salvaguardia mitiga que las personas con discapacidad sufran abuso, de conformidad con los derechos humanos y/o de influencias indebidas, en detrimento de su calidad de vida.

El deber amplió de la protección de derechos humanos visualizados como fundamentales, mantiene un espectro importante para valorar el proceso de Salvaguardia, dentro de un marco normativo en el que se representan derechos, obligaciones y responsabilidades, que ameritan de forma oportuna, entrelazar la humanidad de un proceso célere-protector pero que con detenimiento podrá colaborar o no a introducir o a desproteger un cúmulo de derechos personales.

El artículo 5 (Ley 9375) último párrafo menciona:

Para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, en un marco de respeto a su voluntad y preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida, se establece la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, que será proporcionada y adaptada a las circunstancias, de la persona (...).

El artículo 6 (ibídem) norma “*Los jueces y juezas de familia serán las personas competentes para conocer y tramitar las solicitudes de salvaguardia*”. Bajo este parámetro estatal, como se ha interpretado en líneas anteriores, la justicia y la resolución del proceso de salvaguardia, apareja cantidad de derechos, pero ello conlleva a conocer o apreciar un panorama más extremo de contextualidad en comunión con un abordaje integral entre los términos evolutivos de discapacidad, sensibilidad y la efectividad de la norma.

La persona juzgadora se encuentra de cara a un proceso nuevo (Salvaguardia), jurídicamente hablando, en el cual el conocimiento en terminología, lo convencional y aplicación de normas, son aspectos de suma importancia que garantizan el énfasis o espíritu de la ley. La integración del articulado que debe realizarse en los procesos de salvaguardia es la garantía esencial entre la defensa de la ponderación de derechos y su aplicación de cara a un nuevo paradigma.

El literal 10 de la Ley 9375 sobre la Valoración de la Salvaguardia preceptúa

El juez o la jueza deberán valorar en primera instancia y con prioridad la designación de la salvaguardia hecha por la persona con discapacidad.

Cuando excepcionalmente, en virtud de una limitación funcional, la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite indicar la persona de su preferencia, el juez o la jueza

valorará como opción para que ejerzan la salvaguardia a los familiares de la persona con discapacidad.

En todos los casos, el juez o la jueza deberán garantizar que la persona que ejerza la salvaguardia es la idónea, moral y éticamente demostrado, para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial

La norma es explícita en identificar que la persona juzgadora será en primera instancia garante de derechos versus valoración de las posibilidades o no, sobre el ejercicio de derechos fundamentales de las personas con discapacidad o con compromiso psiquiátrico, debiendo fundamentar con razonamientos explícitos su negativa o permisión al ejercicio efectivo de los mismos.

-Reguladas las normas dentro de la Ley en estudio, permite preguntarse ¿se encuentra debidamente capacitada la persona juzgadora para analizar la prueba científica dentro del proceso de salvaguardia?

Adentrándose en el abordaje integral de conceptos y aplicación jurídica, corresponde mencionar que la Autoridad Judicial cuenta con bases básicas para observar un proceso sumarísimo, pero que lejos de la interpretación normativa, el conocimiento de un dictamen médico, una entrevista, una evaluación idónea y hasta formular la pregunta judicial que involucre una pericia médica acorde con las necesidades del conflicto judicial, distan en gran medida la mayoría del debido conocimiento y la capacitación en este panorama, lo que de forma evidente riñe con el abordaje entre el ordenamiento jurídico y su aplicación de términos de discapacidad.

Partiendo de las especificaciones anotadas, debe atribuirse a cada sistema su esencial corte analítico probatorio, sin embargo, es importante mencionar que dentro de la rama familiar y enfatizando el tema de condiciones psiquiátricas, discapacidad entre otras razones, la libre valoración probatoria

viene a pautar un esquema sensible y orientativo en el abordaje de los procesos en que se entremezclan la rama de la psiquiatría y el ordenamiento jurídico.

El sistema de libre valoración, faculta o posibilita, fijar la mirada a cada caso en concreto desde una labor atribuible de utilidad, pertinencia y legalidad de la prueba, que venga a comprobar o no de forma efectiva las posiciones o pretensiones de las partes.

La Autoridad Judicial como se razona debe ponderar cada uno de los suministros probatorios que el proceso judicial contenga, ello con el objetivo de dar peso a la prueba bajo principios de objetividad e imparcialidad. Entrelazando la Convención de las Personas con Discapacidad en resguardo de sus principios generales, es menester observar como pautas orientativas, que vienen a esquematizar el arduo camino de valoración y las prácticas protectoras dentro del panorama que se estudia.

El artículo tres de la Convención de las Personas con Discapacidad cita:

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 las personas con Discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con Discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Pareciera que los principios de la Convención en este caso son simples recomendaciones que deben tenerse presente, sin embargo, fijar la mirada como aspectos importantes y necesarios dentro del marco de análisis es de suma necesidad.

Tomando en cuenta el valor trascendental que representan, se analizan a fin de ser contextualizados dentro del tema de la discapacidad.

Principio A: *el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de la persona.*

Dentro del mundo de la normalidad (correctamente convencional) o así planteado por la sociedad, las personas que mantengan sus facultades mentales y motoras, se encuentran ajustadas para adecuarse a las reglas que la sociedad impone en situaciones de familia, trabajo, desplazamiento, relaciones interpersonales, toma de decisiones sobre aspectos jurídicos entre otros, hechos que se adecuan a las propias normas jurídicas capaces, muchas veces, de invisibilizar a un sector de la sociedad vulnerable con mínimos derechos

El principio “a” menciona *la dignidad inherente*, concepto expuesto en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su numeral 1.2, lo que implica que cada persona mantenga derechos y deberes consagrados por su condición de ser, sin que ello implique que por su situación de movilidad, psiquiátrica, social o asistida médicamente, se encuentre en desventaja social o minimizada.

La *autonomía individual y toma de decisiones*, refiere en la mayoría de los casos a que el hombre y la mujer, desde un corte patriarcal, pueda disponer de sus derechos, gustos, decisiones tanto a nivel personal como social, facultándose a partir de la mayoría de edad y conteniendo aptitud mental para hacerlo, no existiendo restricción, siempre y cuando claro está; se esté en

ajuste a las normas sociales, así como la implicación de su responsabilidad por sus actos.

-Qué pasa entonces con los niños, niñas, hombres, mujeres y personas adultas mayores con comportamientos psiquiátricos, que comprometen su posibilidad de decisión o que por su discapacidad encuentran barreras jurídicas que coartan sus derechos? -

Internalizar que la autonomía individual y el realce de la toma de decisión, es también un derecho inherente a las personas, es un parámetro elemental que debe tenerse pendiente, ya que forma parte de ese conglomerado de derechos y a la vez de deberes que involucra que el principio de la Convención que se analice, se observe como protectora de ello y no en el sentido de un sector únicamente ajustado por condiciones impuestas.

Principio B: *La no discriminación*

Socialmente la discriminación es un concepto que ha estado implícito mediante un patrón aprendido, ello desde la minusvalía (se usa para designar una discapacidad física o intelectual que se hace presente o de manera hereditaria o de manera accidental) donde el sector de las personas parálíticas, minusválidas, parapléjicas, con síndrome, trastornada, manca y hasta "loca", representan la suma del señalamiento excluido por el mismo conglomerado social.

Las palabras expuestas son algunos de los ejemplos, que a nivel de relación con las personas con discapacidad y con compromiso cognitivo, atraviesan por medio de la discriminación, social, institucional y hasta jurídica.

La evolución del concepto de las personas normales a las personas convencionales, (buscar concepto), remite en gran sentido a incorporar el respeto, y la dignidad humana, como ejes transversales que tratan de no comparar sino de establecer un trato igualitario dentro de la relación social.

La Regla de Brasilia número VII indica

Discapacidad: Se entiende por discapacidad la 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

Comprender el entorno en el cual la persona pertenece, sin ser discriminada, es una perspectiva, que debe privar dentro de la cultura social y a la vez dentro de la relación jurídico-procesal, ello porque dependiendo de quien se encuentre valorando la pertinencia y/o utilidad de la prueba en conflictos judiciales de personas con compromiso cognitivo o discapacidad, atraerá en gran parte el respeto a la no discriminación, enfocada a la materialización de los derechos consustanciales y fundamentales.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, suscrita en Guatemala el 8 de junio de 1999, indica en su norma I inciso sobre discriminación:

a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación

La exclusión social es en gran medida el norte o patrón que empaña la comprensión de una justicia sensible e igualitaria, que en razón de ideas

aprendidas discrimina por medio del uso del lenguaje, barreras institucionales, decisiones judiciales y hasta la impronta posibilidad de justicia célere.

Principio C: *La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad*

La inclusión dentro de lo convencional es la suma de la protección de los derechos de las personas con discapacidad, desde la toma de decisiones dentro del Estado de Derecho hasta la efectivización en protección de sus derechos.

La participación no debe ser observada en pequeños grupos de trabajo que permiten labores mínimas, sino el respeto y el apoyo a las decisiones en cuanto a la administración y creación empresarial, estudio, derecho al voto, entre otros factores que maximicen la ecuación participación-inclusión.

Notándose que la decisión jurisdiccional en estos ámbitos, realizará o no la comprensión y uso sensible de la norma protectora, desde un principio jurídico hasta la constante apreciación del contexto de personas en condiciones comprometidas con la ley a nivel entre derecho y deberes.

Principio D) *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con Discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana*

El principio dentro de su concepción visualiza la diferencia no como un vértice de discriminación, tanto por la diferencia como por la aceptación, ello visto desde un campo de inserción de las personas con discapacidad como co-participes del conglomerado social y no observadas como un grupo de personas que no cumplen con la convencionalidad con las demás personas.

La diversidad enlazada con la condición humana, descansa dentro de la observancia que garantiza que todos y todas somos diferentes en nuestros derechos como deberes, garantías judiciales, así como la protección que

garantiza a cada persona la convivencia oportuna y protectora de un Estado Democrático de Derecho.

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con Discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La unión de principios dentro del numeral “e” hasta el “h” trata de entretener tanto la visibilización como la visualización del pragmatismo que trata de involucrar, la ejecución y protección de la igualdad; tanto en el entorno como en el conjunto de los derechos de cada persona, sectorialmente dentro de la discapacidad.

Concretamente, avocándose a la observancia de los principios generales de la protección que se estudia, fincan de forma protectora el cúmulo de derechos y garantías que nacen pero que evolucionan para consagrarse de forma eficaz como eficiente y ardua en la protección de las personas con discapacidad.

El fomentar su uso, conocimiento y estudio es un trabajo constructor que debe orientarse a la mejora continua, principios que, abordados dentro del conflicto judicial de una forma protectora, imparcial pero sensibles, orientan el proceso a una resolución efectiva de la incorporación de los mismos.

Las Observaciones Generales del Comité en este sentido, tratan de analizar y a su vez recomendar el efectivo seguimiento de los acuerdos tomados en cuanto al tema de discapacidad y sus valoraciones.

Observación General Número 1

Observación sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad a ser iguales ante la ley.

El Comité se basa en un selecto grupo de personas expertas que analizan y explican la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, teniendo como tarea la evaluación de los países para su efectivo cumplimiento, el Comité pertenece a la ONU.

La Observación analiza el artículo 12 de la Convención, el cual explica como puntos importantes, *el derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad que es el mismo que el de todas las personas, situaciones donde se suele vulnerar este derecho para las personas con discapacidad y las medidas que tienen que hacer los países para garantizar este derecho a las personas.*

Acota la Observación que *el Comité valoró lo que se dijo en los foros y ha visto que las personas con discapacidad son discriminadas y no ejercen su derecho a la igualdad ante la ley igual que las demás personas, siendo las más discriminadas las personas con discapacidad cognitiva*, dentro de este análisis la Observación refiere que mayoritariamente la discriminación *hace que no se accedan a muchos derechos fundamentales, como el derecho al voto, derecho a casarse o el derecho de libertad.*

Explica el Comité que los foros obedecen *a reuniones donde las personas debaten sobre un tema*, esperándose en gran medida que este grupo de expertos y expertas puedan transmitir la sensibilidad y comprensión del tema de la discapacidad, priorizando el tema central de la discapacidad en el uso y desuso sobre este tema.

Enfatiza esta observación en gran medida bajo la guía del Comité, la necesaria garantía sobre el sistema sustitutivo de decisiones el cual refiere de la siguiente manera:

Es cuando un juez decide que otra persona toma las decisiones, porque piensa que la persona no puede hacerlo, en algunos países esto se llama tutela total o tutela parcial y la persona que toma tus decisiones se llama tutor.

Los países no entienden bien estas obligaciones, por esto este Comité ha escrito la Observación General N°1, siendo el documento que explica que los países deben garantizar el derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad.

Resaltar la labor de decisión que mantiene quien juzga es un rol sensible, importante y con determinación, ello porque conlleva a decidir por aquella persona que presuntamente no mantiene sus facultades psico-motoras, para llegar a decidir por sí misma, tendiendo a perpetuar la muerte civil o exponer deberes y derechos inherentes a las personas.

Desde una visión evolucionista la Observación explica, valorando la capacidad jurídica y la capacidad mental:

Capacidad jurídica significa dos cosas: que tiene derechos y obligaciones y que pueden ser ejercidos por las personas, aunque se necesite ayuda (en algunos países, esto se llama capacidad de obrar), debiendo tomar decisiones bajo responsabilidad individual, siendo la capacidad jurídica necesaria para participar en la sociedad.

Capacidad mental es la habilidad para tomar decisiones siendo un concepto confuso, no objetivo y/o científico

Conceptos que tratan de explicar, sin tecnicidad, las capacidades que son enlazadas, pero poco comprendidas en los Estados parte refiriendo que, *cuando una persona tiene dificultad para tomar una decisión se evalúa su capacidad mental, si la evolución dice que su capacidad mental es poca, se niega a la persona su derecho a tomar la decisión, es decir se niega su capacidad de obrar, que es una parte de la capacidad jurídica.*

Además, explica la Observación que *esta forma de actuar es discriminatoria por dos motivos, se usa con personas con discapacidad sólo porque tienen discapacidad y la valoración de la capacidad mental es subjetiva.*

El párrafo que antecede es un camino tradicional y costumbrista que es utilizado en nuestro mundo jurídico como se dice con ese matiz de subjetividad, que relativiza y encaja la incapacidad con la discapacidad, un juego de palabras que a la luz de la literalidad normativa, violenta todo derecho fundamental, *por eso, los países no deben utilizar la capacidad mental para negar a una persona su capacidad jurídica, deben dar apoyos a las personas para que ejerzan su capacidad jurídica.*

La Observación que se razona también encamina el párrafo 3 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Argumenta que *los países están obligados a dar los apoyos necesarios para ejercer la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, estos apoyos deben respetar los derechos y las preferencias de las personas, tomando en cuenta que todos y todas somos diferentes.*

Observación General Número 5 Undécimo período de sesiones 1994

Específica de forma amplia la protección y guía que utiliza el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a los derechos humanos de las personas con discapacidad, aproximadamente desde los años noventa, a fin de afianzar los derechos de las personas en estudio.

Suma la disposición sobre la aplicación del *Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos, (Observación General N°5)*, enfocándose en la precariedad que habitan las personas con discapacidad aun y cuando habiten en países desarrollados, esto por la falta de visión o por la negación de *la oportunidad de disfrutar de toda la gama de derechos económicos, sociales y culturales que se reconocen en el Pacto.*

Dentro de la Observación N°5 se dice que para el año 1993, aún no se cuenta con la definición de “discapacidad”, pero que según las normas uniformes aprobadas en 1993 “con la palabra discapacidad” se resume un gran

número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones.

La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorios / Normas Uniformes sobre la Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, anexo de la resolución 48/96 de la Asamblea General, 20 de diciembre de 1993.

Identificar la evolución que contiene el tratar de conceptualizar la discapacidad desde la Norma Uniforme, representa la concepción de invalidez, inmovilidad, enfermedad o muerte civil, que se mantenía desde la concepción de la persona con discapacidad, enfrascada en el no reconocimiento de sus derechos.

La Observación en estudio en su punto resolutivo indica de acuerdo con el enfoque sobre las Normas Uniforme y de suma importancia, la *presente observación general se utiliza la expresión "persona con discapacidad, en vez de la antigua expresión, que era persona discapacitada, se ha sugerido que esta última expresión podía interpretarse erróneamente en el sentido de que se había perdido la capacidad personal de funcionar como persona.* Interesante acotamiento que evoluciona y pauta el reconocimiento de derechos integradores de las personas en estudio.

Amerita enfatizar en este concepto de *persona con discapacidad*, ya que con ello el entorno, la protección de derechos fundamentales y el reconocimiento de la dignidad humana bajo el concepto de igualdad y dignidad trata de ser aplicados plenamente a todas las personas.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 3 norma *los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y las mujeres igual título a gozar todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.*

La Observación que se estudia menciona que *el Pacto no se refiere explícitamente a personas con discapacidad, sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad, argumentos explícitos que de forma obvia deben ser dimensionados bajo el pragmatismo que implica el aseguramiento protector de los derechos. Además, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados Partes han de adoptar medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos inconvenientes, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad (Observación General número 5)*

Igualmente, en este sentido se anota que el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto se *garantiza el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna basada en determinados motivos especificados o cualquier otra condición social se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad.*

El tema de las personas con discapacidad someramente se abordó con perspectiva convencional y por su puesto la norma que regía para ese momento lo era el apartamiento por parte de toda la sociedad y por supuesto, todo ello se amparaba en un ordenamiento jurídico desprovisto de garantías sobre la discapacidad.

El hecho de que en el pacto no haya una disposición explícita que trate de la discapacidad se puede atribuir al desconocimiento de la importancia que tiene el ocuparse explícitamente de esta cuestión, en vez de hacerlo por referencia cuando se redactó el Pacto hace más de veinticinco años (Observación General N°5)

Frente a estas necesidades de cambio y evidenciando la incorporación de los derechos de las personas con discapacidad, no solamente en términos de accesibilidad o barreras arquitectónicas, se evoluciona poco a poco, según

la visión integradora a tratar de normar los derechos, deberes y hasta responsabilidad del Estado conjunto a las personas con discapacidad.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos más recientes, en cambio, tratan específicamente de esta cuestión. Entre estos últimos instrumentos figura la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 23), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (párr.4 del artículo 18) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 18). Referentes normativos que aceptan, involucran y resguardan a gran escala los derechos humanos sobre el entorno de discapacidad, al ser protegidos y promovidos mediante normas y leyes generales, función que recae en el Estado.

Bajo este sentido las obligaciones estatales se dimensionan no solo a promover políticas institucionales que observen la normatividad en mención, ello porque se volvería en instancia un conflicto constante en un comportamiento estático y no dinámico.

El numeral 26 de la Convención sobre los Derechos Humanos cita

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Pragmáticamente la norma promueve e incita a resguardar el *desarrollo progresivo*, como un camino necesario de avance y evolución, pero bajo una efectividad plena en el ejercicio de los derechos, además de un marco de sensibilidad jurídica que internalice la progresividad convencional.

La obligación de los Estados Partes en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda medida que lo permitan sus recursos disponibles (Observación 5), hecho indispensable para el avance comprometido y fortalecedor de un sistema en evolución

Obligación de eliminar la discriminación por motivos de discapacidad

La discriminación de jure o de facto contra las personas con discapacidad, se encuentra inserta socialmente desde antaño, lo que resguarda la negatividad a brindar oportunidades sociales, económicas y hasta laborales, refiriendo la Observación en estudio *que a efectos del Pacto, la discriminación fundada en la discapacidad, puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad.*

Ameritando centrar la mirada sobre la razón de ello, lo cual es anular u obstaculizar el reconocimiento, disfrute o ejercicio del cúmulo de derechos que toda persona mantiene.

La igualdad en este sentido vendría a palear las medidas contra la discriminación, discapacidad versus personas sin discapacidad, tal como lo anota el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, *significa que las necesidades de todo individuo son de la misma importancia, las políticas en materia de incapacidad deben asegurar el acceso de los impedidos a todos los servicios de la comunidad.*

La base con cimientos claros descansa en este apartado en el principio de igualdad, como medida que genere cambio y protección de las personas con discapacidad, debiendo adoptarse políticas y oportunidades equitativas basadas según lo norma el párrafo 2, del artículo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *“los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma,*

religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Visualizando a gran escala cada una de las categorías que se estudian y que posibilitan considerar un cambio que erradique la distinción o exclusión por los motivos de discapacidad.

Disposiciones específicas del Pacto

La Observación General 5, relata en su apartado sobre la igualdad de derechos para hombres y mujeres, *el abandono de la mujer con discapacidad, se representa a gran escala, siendo escasos los esfuerzos desarrollados durante el decenio*, resorte claro de la violación de derechos que se interrelacionan dentro de este ambiente.

La Convención sobre Derechos Humanos en su artículo 24, menciona *Todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.*

Drásticamente la norma en cuestión representa toda la apertura protectora de visualizar un entorno provisto de protección dentro de la sociedad convencional, sin embargo, es dentro del enmarcado mundo de la discapacidad que la diferencia versus exclusión es aún más representativa, siendo por parte del mundo jurídico y en sí de la persona juzgadora; aplacar, proteger e invalidar la discriminación en función de las garantías jurídicas.

Derecho relacionado con el trabajo

Reflexiona la Observación en estudio *en la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo, cuando se emplea a personas con discapacidad, por lo general se les ofrece puestos de escasa remuneración,*

con poca seguridad social y legal, a menudo aislados de la corriente principal del mercado del trabajo.

Nuestra Constitución Política en la norma 56 regula:

El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ellas se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.

Posiblemente el entorno de la convencionalidad refiere que toda persona puede y debe trabajar de acuerdo con sus posibilidades, ello bajo el análisis de circunstancias como estudio, movilidad, conocimiento y hasta capacidad. Sin embargo, el detenerse a pensar en personas con trastornos de comportamiento, amputación y hasta condiciones psiquiátricas, hacen que la norma constitucional no sea tan flexible o protectora en este sentido, debiendo o más bien obligando a interpretar de una forma aún más plausible; a fin de incorporar el derecho fundamental del trabajo frente a personas con discapacidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el párrafo 1, del artículo 6, menciona:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

El derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, no se lleva a la práctica en los casos en que la única verdadera oportunidad que tienen los trabajadores con discapacidad consiste en trabajar en los denominados talleres o lugares "protegidos" en condiciones inferiores a las normales (Observación 5)

Lastimosamente las labores subordinadas afianzan que la persona debe cumplir con parámetros de capacidad jurídica y de movilidad para ser productiva, ante los ojos de una sociedad altamente monopolista, que fija su mirada en la riqueza únicamente, dejando de lado la inserción laboral equitativa.

El artículo 2 inciso j, de la Ley de Autonomía Personal (9379)

Condición de pobreza: se consideran en condición de pobreza las personas con discapacidad que no cuentan con los recursos propios para subsidiar sus gastos contenidos en la canasta básica normativa, en la canasta derivada de la discapacidad y los costos de asistencia personal humana

El trabajo como derecho fundamental se encuentra inserto en la literalidad de la norma constitucional y bajo la costumbre del derecho, sin embargo, siempre se ha visto que las personas con discapacidad o psiquiátricas, son y serán dependientes de una tercera persona que les proporcione subsistencia, pero ello bajo el pensamiento de la minimización estatal, así como nuclear de derechos personales.

El artículo anteriormente transcrito, refleja la condición pobreza como un limitante que infringe la mayoría de las veces una subsistencia acorde con la sociedad actual, separando posibilidades de acceder a trabajos remunerados que permitan cumplir metas a las personas en estudio

El artículo 2 inciso i de la Ley de cita menciona:

Canasta derivada de la discapacidad: descripción del conjunto de una serie de productos, servicios y bienes vitales de uso individual, para la atención de la persona con discapacidad. La canasta derivada de la discapacidad está basada en las necesidades específicas que se generan a partir de la presencia de una o más deficiencias en una persona, en relación con los obstáculos del entorno.

Norma que pareciera indefensa o retórica, pero representa dentro del universo que se analiza, desligar la relación dependencia estatal-independencia individual, con el objetivo de afianzar a las personas con discapacidad con garantías laborales en igualdad.

La observación generaliza puntos altamente importantes que deben ser priorizados en todo momento, enfocándose en gran medida sobre el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debiendo reforzarse una apreciación más sensible y fortalecedora del Estado de Derecho.

Todo lo anterior trata de esquematizar, en todo sentido, la balanza de la sensibilidad jurídica que trata de reflejar que la valoración que debe realizar la persona juzgadora, es en gran medida todo un común de normas que se enlazan de forma categórica en el mundo de la discapacidad versus convencionalidad, siendo pilares fundamentales para recrear un contexto en el cual los derechos fundamentales deben privar ante su abolición y compromiso.

B-La Prueba Pericial en conflictos judiciales con énfasis en Discapacidad

La prueba o pericia médica refiere como norte indispensable dentro del abordaje casuístico ello a fin de que esta pueda reflejar con coherencia y claridad, cuál es la situación sea esta médica, social, familiar entre otras aristas que se deben conocer dentro de la participación judicial versus peritaje, las cuales se encontrarán interrelacionadas dentro del proceso de salvaguardia, teniéndose en este caso el objetivo de analizar qué función cumple la prueba en mención dentro de este panorama.

Bajo este vértice se hace indispensable acotar que, si bien se tiene gran cantidad de principios, características y hasta normas convencionales, se debe también valorar la prueba que se haga llegar al procedimiento y esta determine

o no la presencia de discapacidad, condiciones orgánicas, inorgánicas o condiciones psiquiátricas que desencadenen comportamientos que pueden colisionar con la intervención pacífica del ordenamiento jurídico.

La persona juzgadora ha sido en principio formada para la interpretación del ordenamiento jurídico, debiendo ser conocedora e integradora de toda norma jurídica que acreciente el primar los hechos sometidos a su conocimiento, bajo un marco de legalidad, que cimiente la justicia y la protección de derechos, así como los deberes que revisten a cada persona en particular bajo un concepto de *dignidad humana (artículo 1.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*.

Relativizando todo lo anterior, es necesario el enfoque que mantiene la prueba pericial como vértice necesario de conocer a fondo, aquellas condiciones, situaciones o parámetros que el o la Jueza frente a un panorama médico debe analizar. El Código Procesal Civil, en su artículo 401, relata “*procederá la prueba pericial cuando haya que apreciar hechos o circunstancias que exijan conocimientos especiales extraños al Derecho (...), a fin de que la misma aporte colaboración al proceso judicial*”.

Entra en juego la persona perito que será una de las personas que más cerca estarán de quien padece alguna condición mental, el concepto de la persona perito es definida por Machado Schiaffino (1998) :

Conceptualmente se entiende como perito, la persona que posee conocimientos científicos, artísticos o prácticos y que, a través de la denominada prueba pericial ilustra a los tribunales con los conocimientos propios, para la existencia de mayores elementos de juicio, informando bajo juramento, siendo aquella persona que sin ser parte, emite con finalidad de provocar convicción judicial en su determinado sentido, declaraciones que habían adquirido ya, en el momento de su captación, índole procesal.

Debe tomarse en cuenta que la persona perito, dentro de un proceso judicial, es quien emite criterios periciales apegados con toda rigurosidad al dominio de su arte o ciencia, desde el lugar que le corresponde, haciéndose énfasis que dicha persona no emite prueba, sino lo que emite son pericias cuyo requisito fundamental es su mayor apego a la verdad científica.

La o el perito médico debe tener el conocimiento necesario que le faculte para emitir sus criterios, con el norte de tener una habilidad que le permita transmitir el conocimiento científico hacia quien juzga, ya que para esta última persona, el conocimiento específico mencionado por lo general no se domina.

Castillo Francisco (1978) cita.

“Esencial en la labor del perito, es la transmisión al juez de conocimientos científicos y prácticos a solicitud de éste, con ayuda de estos conocimientos el juez podrá establecer un hecho que hasta el momento del dictamen desconocía, o valorar un medio de prueba, lo que antes del dictamen no le era posible”.

Sobre valoración del dictamen pericial

La debida observancia de la tutela de los derechos fundamentales, en este contexto hace que la pericia siquiátrica y/o psicológica, como cada acto médico, deba potencializar el respeto al máximo, los derechos individuales de la persona con condiciones psiquiátricas o con alguna discapacidad.

En forma resumida se exponen los requisitos necesarios que debe contener un dictamen pericial:

- Encabezamiento: incluye las calidades del o la paciente, su edad, ocupación, la fecha del examen.
- Historia Médico Legal: se relatan los hechos que provocaron que el o la

paciente sean remitidos para examen pericial, pormenorizando en específico el tipo de dinámica del hecho, sí recibió o no atención médica, dónde y por cuánto tiempo.

- El estado previo a las lesiones sufridas sea por enfermedad o por traumatismos y cualquier otro elemento útil en la valoración clínica pericial.
- Examen Físico: debe ser general y pormenorizado. El examen físico general es útil para descartar factores concausales que pudieron jugar un papel en la evolución de la lesión o enfermedad.
- Solicitud de exámenes complementarios: son de utilidad para el análisis integral de la o el paciente. Laboratorio, radiografías, interconsultas a especialistas.
- Comentario: Es donde se anota la clara relación de causalidad entre el hecho o violencia sufrida y el estado actual de la persona paciente. Se debe consignar la fundamentación médico legal por la cual se arribó a la conclusión.

El principal elemento que debe consignarse en el dictamen, es la fundamentación de la relación de causalidad entre el acto, acción u omisión, siendo que la pericia lleva implícita la manera clara de la relación de causalidad directa o no con los hechos que se analizan, para que con ello se pueda presuponer el grado de discapacidad que se contiene.

No se debe olvidar que la relación de causalidad no necesariamente puede presentarse pura, ya que pueden existir factores concausales que hacen que esta se vea matizada o permeada de aspectos que pueden repercutir en la valoración de la o el administrador de justicia. El factor concausal puede ser de origen extrínseco como sería la actuación de una forma desapegada a la norma que dicta la ciencia médica para un caso concreto.

La necesidad o trascendencia de la búsqueda de información que se práctica por medio del peritaje, se debe realizar en el entendido de que, se emplearán reglas del saber médico que garanticen la no afectación a la salud,

la integridad física, las creencias o que se permita para tratos crueles o de tortura, degradantes o inhumanos.

Una vez obtenido el criterio especializado el mismo debe ser incorporado al proceso mediante las consideraciones por las cuales se fundamenta para arribar a una conclusión, que debe estar apegada a la verdad científica con la terminología más clara y simple, mediante una comprensión accesible tanto para la persona juzgadora, así como para las personas que se encuentran insertas en el proceso.

La claridad y simpleza de la expresión de la persona perito en sus dictámenes, es reflejo de la madurez profesional y del entendimiento del porqué y para qué se le ha nombrado al servicio de la administración de justicia.

Debe tomarse en cuenta que si el informe pericial psicológico o psiquiátrico no estuvieran admitidos por la justicia, se introducirían oficiosamente en los tribunales, un dictamen pericial sin la capacidad de proponer indicios claros y conclusiones efectivas de la capacidad mental. El dictamen pericial solo tiene valor probatorio cuando es imparcial y objetivo, debe tenerse presente a la hora de la valoración, el saber y no simplemente describir, con la ayuda de investigaciones auxiliares, los diferentes elementos de prueba y determinar los factores psicológicos que se encuentren insertos en el cuadro fáctico como requisitos fundamentales que a todas luces siempre son y serán necesarios para tomar una decisión asertiva.

Véase entonces que la función del o la perito, es aportar los elementos de análisis a quien juzga en la búsqueda de la verdad real. Las consideraciones médico legales serán plasmadas en el comentario médico, siendo la manera correcta para fundamentar una conclusión.

¿Qué función cumplen las personas profesionales en la rama de la psicología y la psiquiatría, en casos judiciales?

Los y las profesionales de las ramas citadas deben, a nivel profesional, demostrar retrospectivamente que la persona que presuntamente ha cometido

acto contrario a la norma jurídica, tenía o tiene alguna condición orgánica o inorgánica que desencadena situaciones fácticas a nivel mental, planteándose la relación entre la compatibilidad de la perturbación psicopatológica con la capacidad de la o el individuo de conocer el acto cometido y las consecuencias que ello ha implicado, siendo que lo que importa causalmente es centrarse en la perspectiva cognoscitiva. o sea, en la capacidad de entender.

La pericia médica que se lleva a cabo implica una descripción de las afecciones mentales y su propia clasificación de sistemas dinámicos, sistémicos, sociológicos propios de la psiquiatría

El proceso para llegar a emitir un diagnóstico, correctamente elaborado, es complejo y debe pasar por integrar factores que contribuyan a determinar los fenómenos psicológicos entre los que se pueden citar a nivel individual: factores biológicos, comportamentales, cognitivos y los que reciben el nombre de sistémicos conocidos como los factores que hacen alusión a la familia, el ámbito productivo, la escuela y el sistema social. Tal y como se indicó en líneas anteriores, para que el diagnóstico deje de ser un simple etiquetamiento y sea realmente comprensible. Su descripción debe explicar el por qué se llega a la conclusión de especificar que el o la paciente padece determinado trastorno.

El peritaje basado en la psiquiatría, contribuye de manera esencial al proceso penal y su función fundamental es auxiliar a quien juzga en la comprensión científica de aspectos de la conducta humana que son relevantes para valorar jurídicamente la prueba de manera correcta.

La profesionalidad de la persona perito, además de dominar su propia ciencia, debe conocer el espíritu y la letra de la ley. La psiquiatría forense debe estar en capacidad de discernir cuáles son los requerimientos del proceso y de qué manera es posible satisfacer las necesidades de la persona a la que se aplica un dictamen pericial.

Allen, R.J y Miller J. S (1995) citados por González José (2007), opinan:

“con la ayuda de tales expertos, los litigantes pueden y si se les permite, van a explotar la profunda vulnerabilidad de información del sistema legal, a saber: los profesionales en derecho quienes aunque expertos en las leyes, no pueden navegar los cientos de campos de conocimiento especializado frecuentemente traídos a colación por las disputas legales, sin la asistencia de expertos especializados”.

De la anterior cita, es necesario indicar que mientras la persona juzgadora carezca de suficiente conocimiento como para evaluar críticamente las contribuciones de los y las expertas, continuamente se expone al riesgo de incorporar mecánicamente en sus sentencias, el discurso de las personas sicólogas y siquiátras sin, llegar a fundamentar sus posiciones, siendo muchas veces estas resoluciones defectuosas y por ende no tomando en cuenta la realidad de los criterios profesionales que son necesarios para el cuadro fáctico, con el hecho de incorporar con fundamento o no una prueba pericial no adecuada.

La solución a toda esta problemática no podría consistir en requerir que la persona juzgadora desarrolle experticia profesional en todas las ciencias, ya que sería materialmente imposible, sin embargo, el mantener una adecuada apreciación de la pericia en consonancia con la aplicación normativa es indispensable, para valorar con detenimiento el caso en concreto-

C) Clasificación de trastornos, síndromes y conductas psiquiátricas presentes en el proceso de Salvaguardia.

El abordaje que se tratará de establecer en este acápite lo será por medio del DSM-IV (conocido como Manual diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales), en concordancia con el paradigma de la discapacidad

orientada en trastornos mentales, lo cual permitirá guiar a la persona juzgadora sobre la relación entre la pregunta judicial basada en pericia médica, así como los factores que intervienen para aplicar, razonar y abordar la Ley 9379.

El DSM-IV, es una clasificación categorial que divide los trastornos mentales en diversos tipos, basándose en series de criterios con rasgos definidos

El manual en estudio, menciona que en medicina forense el diagnóstico y la información pueden ser útiles para quienes vayan a tomar decisiones, ejemplo cuando la presencia de un trastorno mental sea el motivo de un dictamen legal, el uso de un sistema de diagnóstico determinado aumentará el valor y la fiabilidad del dictamen, por ser un compendio basado en la revisión de rasgos relevantes de los trastornos mentales, sirve también para especulaciones no fundamentadas.

La abreviatura que se utilizará dentro del análisis para referirse al Compendio de Trastornos Mentales será el DSM-IV, con el fin de hacer mención a las múltiples definiciones que conlleva la interpretación médica de las personas con compromiso conductual, lo cual apareja que la persona juzgadora conozca o se oriente sobre los múltiples factores que conlleva el tratamiento jurídico en consonancia con los derechos de las personas con discapacidad.

La definición de trastorno mental según el DSM-IV, involucra una serie de acepciones que deben ser tomados en cuenta, explicando que *los trastornos mentales han sido definidos mediante una gran variedad de conceptos (malestar, descontrol, limitación, incapacidad, inflexibilidad, irracionalidad, patrón sindrómico entre otros). Cada uno de estos son un indicador útil para un tipo de trastorno mental, en este manual cada trastorno es conceptualizado como un síndrome o un patrón comportamental o psicológico de significación*

clínica, que aparece asociado a un malestar (ejemplo dolor), a una discapacidad (ejemplo deterioro en una o más áreas de funcionamiento) o aun riesgo significativamente aumentado de morir o sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad.

Los síndromes o patrón no debe ser meramente una respuesta culturalmente aceptada a un acontecimiento particular, cualquiera que sea su causa, debe considerarse como la manifestación individual de una disfunción comportamental psicológica o biológica. Ni el comportamiento desviado ni los conflictos entre el individuo y la sociedad son trastornos mentales, a no ser que la desviación o el conflicto sean síntomas de desviación. Una concepción errónea muy frecuente es pensar que la clasificación de los trastornos mentales clasifica a las personas, lo que realmente es clasificar los trastornos de las personas que lo padecen

Retraso Mental

Características diagnósticas

La característica esencial es una capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio, que se acompaña de limitaciones significativas de la actividad adaptativa propia sobre áreas de habilidades, en cuanto a la comunicación, cuidado de la persona, vida nuclear, habilidades sociales/interpersonales, utilización de recursos comunitarios, autocontrol, habilidades académicas funcionales, trabajo, ocio, salud y seguridad.

La condición, como puede observarse, se balancea en grandes áreas de la vida cotidiana de la persona que apareja una visualización de su entorno en forma posiblemente dependiente.

La *capacidad intelectual general*, se define según el instrumento que se utiliza por el *coeficiente de inteligencia CI o equivalencia, obtenido por evaluación mediante uno o más tests de inteligencia normalizados*, lo que quiere decir que es por medio de pericia médica y en este caso mediante utilización de instrumentos (tests) que podrá definirse o evaluarse si la persona mantiene de forma significativa un diagnóstico de retraso mental. *La elección de instrumentos de evaluación y la interpretación de los resultados deben tener en cuenta factores que pueden limitar el rendimiento de los tests, debiendo tomar en cuenta el origen sociocultural, lengua materna, discapacidades sensoriales, motoras y comunicativas, entre otras(fuente DSM-IV pág 40) -*

Cita el DSM-IV que *las personas con retraso mental suelen presentar incapacidades adaptativas más que un CI bajo*, explicando que *la capacidad adaptativa se refiere a cómo afrontan los sujetos específicamente las exigencias de la vida cotidiana y cómo cumplen las normas de autonomía personal esperables de alguien situado en su grupo de edad, origen sociocultural y ubicación comunitaria particulares (fuente DSM-IV pág 42)*. Nótese que esta capacidad de adaptación refiere en gran medida al proceso de aprendizaje en edades tempranas y evolutivas de la persona, en este grado bajo la convencionalidad diaria, hechos que se infringen por *factores entre los que se incluyen características escolares, motivacionales, personalidad, oportunidades sociales y laborales, así como los trastornos mentales, las enfermedades médicas*.

Gravedad del retraso mental

El DSM-IV especifica cuatro grados de intensidad para mejor comprensión ello de acuerdo con el nivel de insuficiencia intelectual

Retraso mental leve	CI entre 50-55 y aproximadamente 70
---------------------	-------------------------------------

Retraso mental moderado	CI entre 35-40 y 50-55
Retraso mental grave	CI entre 20-25 y 35-40
Retraso mental profundo	CI inferior a 20 o 25

Las categorías anteriores mantienen características esenciales que se desarrollan o no en cada persona, repercutiendo o riñendo con la capacidad cognoscitiva y volitiva.

Retraso mental leve

El DSM-IV cita que es *equivalente a lo que se considera en la categoría pedagógica como "educable"*, las personas suelen desarrollar habilidades sociales y de comunicación durante los años preescolares (0 a 5 años), tienen insuficiencias mínimas en las áreas sensoriomotoras y con frecuencia no son distinguibles de otros niños sin retraso mental hasta edades posteriores. En la adolescencia pueden adquirir conocimientos académicos que les sitúan aproximadamente en un sexto curso de enseñanza básica. A nivel evolutivo en la edad adulta menciona que se acostumbran a adquirir habilidades sociales y laborales adecuadas para una autonomía mínima, pero pueden necesitar supervisión, orientación y asistencia, especialmente, deben contar con apoyos adecuado. Los sujetos con retraso mental leve acostumbran a vivir satisfactoriamente en la comunidad, sea de forma independiente o en establecimientos supervisados (fuente DSM-IV pág 42).

Retraso mental moderado

Explica el documento en mención, que *la mayoría de los individuos con este nivel de retraso mental adquieren habilidades de comunicación durante los primeros años de niñez, pueden aprovecharse de una formación laboral con supervisión moderada y atender su propio cuidado personal, es improbable que progresen más allá de un segundo nivel en materias escolares, pueden aprender a trasladarse independientemente por lugares que les son familiares.*

Durante la adolescencia, sus dificultades para reconocer la sociabilidad se hacen presente, alcanzada la etapa adulta, en su mayoría son capaces de realizar trabajos no cualificados o semicualificados, siempre con supervisión en talleres protegidos o en el mercado general del trabajo, se adaptan bien a la vida en comunidad, usualmente en instituciones con supervisión(fuente DSM-IV pág 43).

Identifica este grado la supervisión de una tercera persona, tratando de acompañar en actividades personales en forma limitada, pero observándose ya que en este grado la persona bajo dependencia mantenga la posibilidad de comprensión de sus actos, ejecutarlos o tomar alguna decisión dentro del mundo jurídico por ejemplo desde la parte civil y/o contractual.

El acompañamiento o supervisión guiada, desde el punto de vista del Establecimiento público o privado, busca insertar la protección de derechos como lo indica la Convención de las Personas con Discapacidad, a fin de cumplir por ejemplo la inserción laboral y no mantener en desapego ha dichas actividades.

Retraso mental grave

El retraso mental grave es una condición que aparece durante los primeros años de la niñez, se adquiere un lenguaje comunicativo escaso o nulo, en la edad escolar se puede aprender hablar, existe limitación en la enseñanza académica como en la familiaridad, pueden dominar ciertas habilidades como el aprendizaje de la lectura global de algunas palabras imprescindibles para la "supervivencia", en la etapa de adulta pueden ser capaces de realizar tareas simples pero supervisadas, se adaptan bien a la vida en la comunidad, sea en hogares colectivos o con sus familias, a no ser que sufran alguna discapacidad

asociada que requiera cuidados especializados o cualquier otro tipo de asistencia.(fuente DSM-IV pág 43)

Retraso mental profundo

La condición en estudio indica que durante los primeros años de la niñez se desarrollan considerables alteraciones del funcionamiento sensoriomotor, puede predecirse un desarrollo óptimo en un ambiente altamente estructurado con ayudas y supervisión constantes, así como una relación individualizada con la persona que enseña. El desarrollo motor y las habilidades para la comunicación y el cuidado personal pueden mejorar si se le somete a un aprendizaje adecuado(fuente DSM-IV pág 44).

Las personas comprendidas bajo retraso mental mantienen características que deben ser observables bajo un diagnóstico médico, sin embargo, véase que a nivel jurídico representa una valoración por parte de quien decide por sus derechos y deberes a la luz de la normativa, a fin de efectuar un abordaje integral de cada caso concreto.

El DSM-IV refiere que *algunos individuos con retraso mental son pasivos, plácidos y dependientes, mientras que otros son impulsivos y agresivos. La ausencia de habilidades para la comunicación puede predisponer a comportamientos perturbadores y agresivos que sustituyan al lenguaje comunicativo. Algunas enfermedades médicas asociadas a retraso mental se caracterizan por ciertos síntomas comportamentales, **las personas con retraso mental pueden ser vulnerables a la explotación ejercida por otros, ejemplo sufrir abusos físicos y sexuales o ver negados sus derechos y oportunidades** (fuente DSM-IV pág 45 y46).*

A grandes rasgos se puede apreciar que las condiciones que acá se presentan involucra la dependencia, la representación y hasta el abuso de

derechos, considerándose contextualizar cada caso en concreto, pero siempre con una visión pragmática en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad.

Trastorno Autista

El trastorno en estudio hace alusión a la presencia de un desarrollo marcadamente anormal o deficiente de la interacción y comunicación restringido de actividades e intereses, las manifestaciones del trastorno varían en función del desarrollo y de su nivel, así como la edad cronológica.

Debe tomarse en cuenta que este trastorno lleva consigo el compromiso que mantiene la persona para socializar, explica el DSM-IV, que las deficiencias de la interacción social son importantes, puede darse una notable afectación de la práctica de comportamientos no verbales múltiples, ejemplo contacto ocular, expresión facial, posturas y gestos corporales. Existe una incapacidad para desarrollar relaciones con otras personas, los sujetos menores de edad pueden tener muy poco o ningún interés en establecer lazos de amistad. Los sujetos de más edad pueden estar interesados por unas relaciones amistosas, pero carecen de la comprensión de la interacción social.

El trastorno es muy notable y persistente sobre la alteración de la comunicación, afectando las habilidades verbales como no verbales, puede producirse un retraso del desarrollo del lenguaje hablado o incluso su ausencia total, en los sujetos que hablan, cabe observar una notable alteración de la habilidad para iniciar o sostener una conversación con otros o una utilización estereotipada y repetitiva del lenguaje.

Los sujetos con trastorno autista cuentan con unos patrones de comportamiento, intereses y actividades restringidos, repetitivos y estereotipados, pueden demostrar una preocupación absorbente por una o más situaciones que resultan anormales o sobre rituales específicos, manierismos

motores repetitivos o una preocupación persistente por parte de objetos. Pueden insistir en la identidad o uniformidad de las cosas y resistirse o alterarse ante cambios triviales ejemplo un niño pequeño puede experimentar una reacción catastrófica ante un pequeño cambio en el ambiente, como son unas cortinas nuevas o un cambio en la colocación de la mesa de comedor.(fuente DSM-IV pág 70 y71)

El comprender este trastorno bajo su condición en cuanto a comportamientos y manifestaciones de las personas dentro de este diagnóstico, proporciona tanto médico como jurídicamente un espectro más amplio para comprender la toma de decisiones jurisdiccionales. La guía en mención refiere que *en los sujetos de más edad cabe observar un excelente rendimiento en tareas que implican memoria a largo plazo, pero la información en cuestión tiende a repetirse una y otra vez, sea o no sea propia en relación con el contexto social. El trastorno se presenta en los varones con una frecuencia cuatro a cinco veces mayor que en las mujeres, sin embargo, las mujeres autistas son más propensas a experimentar un retraso mental más grave(fuente DSM-IV pág 72).*

El criterio médico es vital y la pericia que se ejecute deberá verter de forma significativa en cada uno de los puntos indispensables para una toma de decisión, haciéndose el énfasis ya que si las personas con este diagnóstico presentan diversas situaciones que comprometen su vida en común o toma de decisiones, corresponde visualizar su entorno, derechos y deberes que entran en juego que pudiesen suprimirse o no, debiendo ser la pericia en todo caso explícita y orientadora para quien juzga en mención de la Ley 9379 ello porque se podrá definir o no la interacción o protección de los derechos que les asiste ejemplo civiles, políticos entre otros.

Trastorno Asperger

Las características esenciales del trastorno son una alteración grave y persistente de la interacción social y el desarrollo de patrones del comportamiento, intereses y actividades restrictivas y repetitivos. El trastorno puede dar lugar a un deterioro clínicamente significativo social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo(fuente DSM-IV pág 80) .

Diferencias significativas con el trastorno autista podrían citarse no existen retrasos del lenguaje clínicamente significativos, no se observan retrasos del desarrollo cognoscitivo ni en el desarrollo de habilidades de autoayuda propias de la edad del sujeto, comportamiento adaptativo (distinto de la interacción social) y curiosidad acerca del ambiente durante la infancia.

El trastorno de Asperger parece tener un inicio algo posterior al del trastorno autista o por lo menos es reconocido algo después. El retraso motor o la torpeza motora pueden observarse durante el período preescolar. Las deficiencias en la interacción social pueden ponerse de manifiesto en el contexto de la vida escolar. En la vida adulta, los sujetos con este trastorno pueden experimentar problemas relacionados con la empatía y la modulación de la interacción social, aparentemente este trastorno sigue un curso continuo y en la mayor parte de los casos se prolonga durante toda la vida.

Algunas características se presentan a razón de este trastorno entre ellas causa un deterioro clínicamente significativo de la actividad social, laboral y otras áreas importantes de la actividad del individuo. No hay retraso general del lenguaje, no hay retraso clínicamente del desarrollo cognoscitivo ni del desarrollo de habilidades de autoayuda propias de la edad, comportamiento adaptativo y curiosidad acerca del ambiente durante la infancia(fuente DSM-IV pág 83-85).

Relativamente es necesario conocer cuáles son los aspectos que podrían comprometer o no las decisiones o la vida convencional de quienes

padecen este trastorno. Obsérvese que frente a este trastorno podría nombrarse a una persona garante, que evidencie o proteja los derechos de quienes mantienen asperger y mantenerse insertas jurídicamente.

Trastorno por déficit de atención con hiperactividad

El trastorno en estudio presenta como característica esencial un patrón persistente de desatención y/o hiperactividad-impulsividad, que es más frecuente y grave que el observado habitualmente en sujetos de un nivel de desarrollo similar. Las deficiencias de la atención pueden manifestarse en situaciones académicas laborales o sociales, los sujetos afectados de este trastorno pueden no prestar atención suficiente a los detalles o cometer errores por descuido en las tareas escolares o en otros trabajos(fuente DSM-IV pág 84).

Anota el DSM-IV que los sujetos suelen experimentar dificultades para mantener la atención, resultándoles difícil persistir en una tarea hasta finalizarla. A menudo parecen tener la mente en otro lugar, como si no escucharan o no oyeran lo que se está diciendo, pueden proceder a cambios frecuentes de una actividad no finalizada la otra.

Los sujetos diagnosticados con este trastorno pueden iniciar una tarea, pasar a otra, entonces dedicarse a una tercera, sin llegar a completar ninguna de ellas, a menudo no siguen instrucciones ni órdenes, para establecer un diagnóstico. La incapacidad para completar tareas sólo debe tenerse en cuenta si se debe a problemas de atención y no a otras posibles razones (incapacidad para comprender instrucciones), estos sujetos suelen tener dificultades para organizar actividades, las tareas que exigen un esfuerzo mental sostenido son

experimentadas como desagradables y sensiblemente aversivas, las personas acostumbran a ser dispersas, perdidas o tratados sin cuidado y deteriorados, los sujetos con este trastorno se distraen con facilidad ante estímulos irrelevantes e interrumpen frecuentemente las tareas que están realizando para atender a ruidos o hechos triviales que usualmente son ignorados sin problemas por los demás.

En situaciones sociales los déficits de atención pueden expresarse por cambios frecuentes en la conversación, no escuchar a los demás, no atender las conversaciones y o seguir los detalles o normas. Las manifestaciones comportamentales suelen producirse en múltiples contextos, que incluyen el hogar, la escuela, el trabajo y las situaciones sociales, los síntomas empeoran en las situaciones que exigen una atención o un esfuerzo mental sostenidos o que carecen de atractivo o novedad intrínsecos. Los signos del trastorno pueden ser mínimos o nulos cuando la persona en cuestión se halla bajo un control muy estricto en una situación nueva, dedicadas a actividades especialmente interesantes, en una situación de relación personal de uno a uno o mientras experimenta gratificaciones frecuentes por el comportamiento adecuado. Los síntomas tienden a producirse con más frecuencia en situaciones de grupo.(fuente DSM-IV pág 85-86)

Especial atención debe extraerse sobre las características diagnósticas que se describen en este trastorno, ello porque ante un proceso de salvaguardia la pregunta judicial o pericia médica debe abarcar la posibilidad de que la persona hiperactiva tenga o no la posibilidad de tomar decisiones que afecten sus derechos dentro de su entorno, o también de ejercitar contratos, ventas o enajenaciones que en todo caso deberá determinarse de forma consciente y apegado a la ley sobre estas descripciones.

Trastorno disocial

El trastorno que se expone es relevante a la luz de la Ley 9379, ello en razón de su abordaje, seguimiento y decisión jurisdiccional, permitiendo conocer sus características, así como las posibles consecuencias que se derivan del mismo.

El DSM-IV explica que *la característica esencial del trastorno disocial es un patrón de comportamiento persistente y repetitivo en el que se violan los derechos básicos de los otros o importantes normas sociales adecuadas a la edad del sujeto. El trastorno disocial puede diagnosticarse en individuos mayores de dieciocho años, pero sólo si se cumplen los criterios de trastorno antisocial de la personalidad. El patrón de comportamiento suele presentarse en distintos contextos como el hogar, centro de estudio o la comunidad. Las personas con este trastorno, las personas con trastorno disocial tienden a minimizar sus problemas comportamentales, el clínico con frecuencia debe fiarse de otros informadores, sin embargo, el conocimiento que el informador tiene de los problemas comportamentales puede estar limitado por una supervisión inadecuada.*

Las personas con este trastorno suelen iniciar comportamientos agresivos y reaccionar agresivamente ante otros. Pueden desplegar un comportamiento fanfarrón, amenazador o intimidatorio, iniciar peleas físicas frecuentes, utilizar un arma que puede provocar daño físico grave, ser cruel con otras personas o con los animales, robar, enfrentándose a una víctima o forzar a otro a una actividad sexual, la violencia física puede adoptar la forma de violación, asalto o en raros casos homicidio.

La destrucción deliberada de la propiedad de otras personas es un hecho característico de este trastorno y puede incluir el prender fuego deliberadamente con la intención de provocar daños graves o destrucción, los fraudes o robos son frecuentes y pueden incluir el violentar la casa, el automóvil

de otra persona, a menudo los sujetos mienten o rompen promesas con el fin de obtener bienes o favores, o evitar deudas u obligaciones.

Característicamente, los sujetos que presentan este trastorno, incurrirán también en violaciones graves de las normas, puede existir fugas de casa, para que sea considerado como síntomas de trastorno disocial. La fuga debe haber ocurrido por lo menos dos veces, los episodios de fuga que ocurren como consecuencia directa de abuso físico o sexual, no se califican típicamente en este criterio(fuente DSM-IV pág 90-95).

Ponderar el panorama fáctico, así como los derechos y deberes de la persona con este trastorno, significa evidenciar de forma casuística sus elementos de identificación, ello por la vulnerabilidad que comprende emitir una sentencia suprimiendo o no la dignidad humana de una persona con esta condición conductual.

Trastornos Cognoscitivos

El estudio de la afectación mental a nivel cognoscitivo amplía a la persona juzgadora, un matiz de razonamiento más preponderante con los cuales se puede balancear el conocimiento médico con el técnico jurídico (Numeral 2, inciso b, de la Ley de Autonomía Personal)

Personas con Discapacidad: incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Basándose en el estudio del DSM-IV dentro de los trastornos cognoscitivos resalta que *la alteración predominante es un déficit clínicamente*

significativo de las funciones cognoscitivas o la memoria que representa un cambio del nivel previo de actividad.

Importantes características se presentan dentro de las condiciones cognoscitivas:

a-El delirium se caracteriza por una alteración de la conciencia y un cambio de las cogniciones que se desarrollan a lo largo de un breve período de tiempo.

b-La demencia se caracteriza por déficit cognoscitivos múltiples que implican un deterioro de la memoria. Las demencias pueden ser presumibles debida alguna enfermedad médica, demencia inducida por sustancias entre otras.

c-El trastorno amnésico se caracteriza por el deterioro de la memoria en ausencia de otros deterioros cognoscitivos.(fuente DSM-IV pág 129)

El Delirium

La característica esencial de un delirium consiste en una alteración de la conciencia que se acompaña de un cambio de las funciones cognoscitivas que no puede ser explicado por la pre-existencia o desarrollo de una demencia. La alteración se desarrolla a lo largo de un breve período de tiempo, habitualmente horas o días y tiene a fluctuar a lo largo del día. Derivando esta explicación en una consecuente interrogante para la persona juzgadora al analizar qué consecuencias aparejan los trastornos cognoscitivos y hasta dónde puede la persona mantener lucidez o no para ejercer sus derechos en igualdad.

Relata el DSM-IV en cuanto a la alteración de la conciencia, esta se *manifiesta por una disminución de la capacidad de atención al entorno, la capacidad para centrar, mantener o dirigir la atención está deteriorada. Las preguntas deben repetirse debido a que la alteración del sujeto es vaga, este puede perseverar en una respuesta a una pregunta previa en lugar de focalizar su atención de forma adecuada, los estímulos irrelevantes le distraen con facilidad, debido a estos problemas le es difícil mantener una conversación.*

Las funciones cognoscitivas pueden darse sobre deterioro de la memoria, desorientación o alteraciones del lenguaje, alteración de la percepción. El deterioro de la memoria se manifiesta con más frecuencia en la memoria reciente y puede comprobarse preguntando al sujeto por algunos objetos no relacionados, o haciéndose repetir una frase corta tras unos minutos de distracción. Frecuentemente la desorientación está referida al tiempo. Las alteraciones perceptivas pueden incluir interpretaciones erróneas, ilusiones o alucinaciones. Por ejemplo, el ruido de una puerta puede ser tomado por un disparo de pistola, las arrugas de la ropa de la cama pueden parecer objetos animados, o el sujeto puede "ver" a un grupo de personas volando sobre una cama cuando en realidad, allí no hay nadie.

La alteración del lenguaje se hace evidente con la disnomia (deterioro de la capacidad para nombrar objetos) o la disgrafía (deterioro de la capacidad para escribir), en algunos casos el lenguaje es vago e irrelevante y en otros, caudaloso e incoherente, con saltos imprevisibles de unos temas a otros. La alteración se desarrolla en un breve espacio de tiempo y tiende a fluctuar a lo largo del día, por ejemplo, durante la mañana el sujeto puede estar coherente y cooperador, pero a medianoche puede insistir en quitarse las vías de administración intravenosa y en ir a casa de sus padres, muertos hace años(fuente DSM-IV pág 130-131).

Conceptos médicos que evolucionan en contraste a normas jurídicas, es un cuadro diario que debe mantener un conocimiento de quien juzga y/o realiza la pregunta judicial, responder en cuanto a condiciones psiquiátricas o conductuales mantiene la delgada línea de observar de forma detenida la comprensión o el señalamiento en cuanto a una persona con discapacidad cognoscitiva y sus consideraciones, que vienen a remitir a una persona a muerte civil o equipar a trastornos mentales con grados de lucidez.

El delirium que se caracteriza por alucinaciones vívidas, ideas delirantes, alteraciones del lenguaje y agitación debe distinguirse del trastorno psicótico breve, de la esquizofrenia, del trastorno esquizofreniforme y de otros trastornos psicóticos, así como de los trastornos del estado de ánimo con síntomas psicóticos.

En el delirium los síntomas psicóticos fluctúan, son fragmentarios y no sistematizados, se presentan en el contexto de una disminución de la capacidad para mantener y dirigir la atención, van a menudo asociados a alteraciones, existen personas en los que pueden presentarse algunos, pero no todos los síntomas del delirium. Las presentaciones subsindrómicas requieren cuidados y evaluación, puesto que pueden ser el preludio de un delirium completo o indicar la existencia de una enfermedad médica subyacente, todavía no diagnosticada, cuadros que pueden ser codificados como trastorno cognoscitivo no especificado (fuente DSM-IV pág 132).

Delirium inducido por sustancias

El diagnóstico de delirium inducido por sustancias debe haberse demostrado a través de la historia clínica, de la exploración física o de las pruebas de laboratorio de que la intoxicación o abstinencia de sustancias. Los efectos secundarios de la medicación o la exposición a tóxicos se estiman relacionados con el delirium. Un delirium que se presenta durante la intoxicación por una sustancia se diagnostica como delirium por intoxicación por sustancias, un delirium que se presenta durante la abstinencia de una sustancia se diagnostica por abstinencia, asociados con efectos secundarios de la medicación o con exposición a tóxicos, se diagnostica como delirium inducido por sustancias (fuente DSM-IV pág 135-136).

Integralmente el análisis probatorio dentro de un proceso en el que se encuentre una persona con discapacidad en cualquier faceta o ambiente, es primordial razonar que merece credibilidad, sensibilidad y tutela judicial

efectiva. El trastorno por sustancias o por abstinencia podría decirse que la persona mantiene lucidez mental y que sus decisiones podrían ser coherentes, sin embargo, si esta persona es diagnosticada dependiente o habitante de calle, la discusión versaría con otro sentido; resguardando la pertinencia probatoria esa verosimilitud entre priorizar o suprimir algún derecho fundamental.

Demencia

Continuando con este aporte el DSM-IV sitúa dentro de los trastornos cognoscitivos la "Demencia", los cuales se *caracterizan por el desarrollo de múltiples déficits cognoscitivos que incluyen el deterioro de la memoria, los cuales se deben a los efectos fisiológicos directos de una enfermedad médica, a los efectos persistentes de una sustancia o a múltiples etiologías.*

Características de la Demencia

La característica esencial de una demencia consiste en el desarrollo de múltiples déficits que incluyen un deterioro de la memoria y al menos una de las siguientes alteraciones cognoscitiva: afasia, apraxia, agnosia o una alteración de la capacidad de ejecución. La alteración es suficientemente grave como para interferir de forma significativa en las actividades laborales y sociales representando un déficit respecto al mayor nivel previo de la actividad del sujeto.

Los sujetos con demencia tienen deteriorada la capacidad para aprender información nueva y olvidan el material aprendido previamente, ambos tipos de deterioro de la memoria están presentes en los sujetos con demencia, aunque a veces en el curso de la enfermedad puede ser difícil demostrar la pérdida del material aprendido previamente, pueden perder objetos de valor entre otras situaciones, en las formas avanzadas el deterioro de la memoria es tan intenso

que el sujeto olvida su ocupación, el grado de escolarización, los aniversarios, los familiares o en ocasiones incluso su propio nombre(fuente DSM-IV pág 138-140).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en si artículo 3 norma, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, por su parte el artículo 5, menciona que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Normas convencionales que delimitan el campo de acción para determinar que a todas las personas deben respetarse sus derechos y también sus obligaciones, pero bajo un sector de discriminación podría ubicarse a las personas con demencia con un deterioro paulatino que encaja en supresión sobre decisiones fundamentales como libertades, gustos, derechos civiles y progresivamente una dependencia de una tercera persona llamada en este caso, garante como bien lo anota la Ley 9379, lo que deviene en un compromiso cognoscitivo, pero en ausencia a la valoración dinámica de la prueba, no podría tipificarse que dentro de este sector toda persona mantenga una discapacidad severa que delimite una desavenencia de derechos, igualdades o libertades fundamentales.

Puntos necesarios dentro de la demencia se pueden presentar al ejecutarse el diagnóstico ejemplo de ello *el deterioro del lenguaje (afasia), el cual se puede manifestar por dificultades en la pronunciación de nombres de personas y objetos, el lenguaje puede ser vago o vacío, con largos circunloquios y uso de términos de referencia indefinida como "cosa" y "ello", pueden estar comprometidas tanto la comprensión del lenguaje hablado y escrito como la repetición del lenguaje, en las fases avanzadas de demencia los sujetos pueden enmudecer o presentar un patrón de lenguaje deteriorado, el cual se caracteriza por ecolalia (repite lo que oye) o la palilalia (repetir sonidos o palabras una y otra vez), apraxia (deterioro de la capacidad de ejecución de*

las actividades motoras, a pesar de que las capacidades motoras, la función sensorial y la comprensión de la tarea por realizar están intactas, su capacidad en el uso de objetos podría estar deteriorada, así como la actividad de actos motores(fuente DSM-IV pág 143).

Diferencia que debe tenerse entre la demencia y el retraso mental obedece que el retraso mental se *caracteriza por una capacidad de adaptación, iniciándose antes de los dieciocho años. El retraso mental no se asocia necesariamente con el deterioro de la memoria, por el contrario, la edad de inicio es con frecuencia más tardía, si se cumplen los criterios para ambos trastornos, se diagnosticará retraso mental y demencia, si el inicio de la demencia tuvo lugar antes de los dieciocho años.*

Demencia tipo Alzheimer

Las características diagnósticas sobre el inicio de la demencia tipo Alzheimer narra el DSM-IV *es gradual e implica un deterioro cognoscitivo continuo, la edad de inicio de la demencia tipo Alzheimer puede ser señalada por medio de inicio temprano el cual se presenta a los sesenta y cinco años e inicio tardío, se usará este subtipo se la demencia se inicia después de los sesenta y cinco años(fuente DSM-IV pág 145).*

Algunos de los subtipos que se utilizan con más frecuencia a fin de establecer el síntoma predominante pueden ser:

-Ideas delirantes: se usa si las ideas delirantes constituyen los síntomas predominantes.

-Con estado de ánimo depresivo: se usa este subtipo si predomina un estado de ánimo depresivo (incluyendo los cuadros clínicos que cumplen los criterios para episodio depresivo mayor), no se establecerá un diagnóstico separado de trastorno del estado de ánimo debido a una enfermedad médica.

-No complicado: se usa este subtipo si ninguno de los subtipos mencionados.

Dentro de las características específicas que contienen los trastornos que se entrelazan con la demencia en sus diferentes posibilidades como lo cita el DSM-IV, *Los sujetos con demencia pueden llegar a estar desorientados especialmente y tener dificultades en relación con las tareas espaciales. El funcionamiento visuoespacial se examina pidiendo al sujeto que copie dibujos como un círculo, pentágonos entrelazados y un cubo, **son frecuentes en la demencia la pobreza de introspección y de juicio crítico, los sujetos pueden tener o no conciencia la pérdida de memoria o de otras anomalías cognoscitivas, pueden hacer valoraciones poco realistas de su capacidad y hacer planes sin tener en cuenta sus déficits o desestimar los riesgos implicados en algunas actividades. El comportamiento suicida se presenta en particular en los estados iniciales, cuando el sujeto es más capaz de llevar a cabo una acción planificada. La demencia se acompaña a veces de alteraciones de la marcha que provocan caídas. Algunos sujetos con demencia muestran un comportamiento desinhibido, que incluye bromas inapropiadas, descuidando el aspecto personal y la higiene, mostrando una indebida familiaridad con extraños o despreciando las normas convencionales. Los múltiples deterioros cognoscitivos de la demencia se suelen asociar a ansiedad, depresión y trastornos del sueño** (el resaltado es propio) (fuente DSM-IV pág 146).*

La presencia de los síntomas dentro de este trastorno refiere a multiplicidad de situaciones en los que el deterioro de la capacidad cognoscitiva es evidente, intervalos de lucidez o no se presentan de acuerdo al grado de lesión que la persona podría presentar, dependiendo en este caso cabalmente de una persona que apoye las actividades comunes de la o el paciente que ha sido diagnosticado con el trastorno.

Centrando la mirada en la interpretación normativa de la Ley 9379 el deterioro de la capacidad para razonar, aprender o retener desde el punto de vista de la memoria, tambalea de forma significativa la aplicación del proceso de salvaguardia y el nombramiento de la persona garante, situaciones como la alteración del lenguaje (afasia), deterioro de la capacidad de actividades motoras (apraxia) y (agnosia) sobre el fallo en el reconocimiento o identificación de objetos, son algunos de los vértices que se presentan en el transcurso del trastorno que evidencian una colaboración continua , apoyo constante y vigilancia significativa.

Paulatinamente la evolución de conceptos médicos y jurídicos avanza dentro de los conflictos judiciales, permitiendo mantener un conocimiento y panorama amplío, implicando ello una responsabilidad del Estado Social Democrático de Derecho de entregar una tutela judicial efectiva, resolución del conflicto y la protección de los derechos que se argumenta en cada uno de los panoramas casuísticos que se aborden.

Demencia Vascolar (antes denominada demencia multiinfarto)

La demencia vascolar se asienta bajo una demostración de una enfermedad cerebrovascular bajo síntomas y signos neurológicos focales, que se estiman relacionados con la demencia. Los síntomas y signos neurológicos incluyen la respuesta de extensión del reflejo plantar, parálisis pseudobulbar, anomalías de la marcha, exageración de los reflejos tendinosos profundos o debilidad de una extremidad. La demencia vascolar no debe diagnosticarse si los síntomas se presentan exclusivamente durante el delirium, puede sobreañadirse a una demencia vascolar previa, en cuyo caso debe indicarse el delirium.(fuente DSM-IV pág 165)

Esquizofrenia y Trastornos Psicóticos

Aluden los trastornos que se estudian a diferenciar los síntomas y sus posibles consecuencias de los actos de las personas con condiciones psiquiátricas o alteraciones cognoscitivas, ello desde un punto de referencia a fin salvaguardar su entorno, derecho y posibles actos contrarios al ordenamiento jurídico.

El artículo 5 de la Convención de las Personas con Discapacidad en su inciso 1 norma:

Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la Ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse en igual medida sin discriminación alguna.

El inciso 2 norma:

Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

Aspectos convencionales que tratan de garantizar que las normas jurídicas que se encuentran en juego puedan dinamizar la protección de las personas con condiciones psiquiátricas, sociales y hasta trastornos sobrevinientes en el diario vivir.

Enfocando la mirada sobre la Ley 9379 y como referencia se utiliza la solicitud de Dictamen Médico, dentro del expediente 17-001086-1302-FA del Juzgado de Familia de San Carlos, a fin de analizar la perspectiva de los trastornos y consecuentemente el tema a fin.

La pregunta judicial más frecuente refiere

Según el artículo 848 del Código Procesal Civil sea 1) el carácter propio de la enfermedad 2) los cambios que puedan sobrevenir durante el

curso de la enfermedad, la duración, la posible terminación, o si por el contrario es incurable. 3) Las consecuencias de la enfermedad, en el comportamiento social y en la administración de los bienes del enfermo. De conformidad con la Ley 9379, publicada en el alcance 153 de la Gaceta número 166 del 30 de agosto 2016.

La carencia que refiere la pregunta anterior de un conocimiento médico-científico desde la perspectiva de la pericia psiquiátrica es evidente. Lastimosamente se puede notar que la persona juzgadora desconoce cómo realizar una pregunta judicial a nivel de la Ley en estudio, cómo abarcar síntomas, síndromes, trastornos, padecimientos y hasta enfermedades que se puedan generar tanto en el transcurso del trámite procesal, como en la diversidad de situaciones que puedan devenir-

Lo anterior permite interrogarse bajo el abordaje de esta investigación que si bien existe normas jurídicas protectoras, qué pasa con el Estado de Derecho sensible pero desconocedor del tema en debate, si bien es cierto la rama del peritaje colaborará con la toma de decisiones jurisdiccionales, también es cierto que la o el Juez debe así como conoce el derecho debe al menos construir una pregunta judicial que abarque en gran medida los posibles efectos, consecuencias y hasta tratamientos que vengán a visibilizar a las personas que involucra la ley 9379.

Los trastornos de esquizofrenia y psicóticos abarcan en gran medida situaciones diarias que se afrontan dentro del trámite judicial, que frente al populismo podría decirse que dentro de este cuadro se contiene a personas “bipolares o locas”, sin valorar qué tipo de población es con la que se cuenta o se revuelve dentro del conflicto judicial.

Esquizofrenia

El DSM-IV menciona que el término psicótico, se refiere a las ideas delirantes y a las alucinaciones manifestadas, debiendo presentarse estas últimas en ausencia de conciencia de su naturaleza patológica.

La esquizofrenia por su parte es una alteración que persiste durante por lo menos seis meses e incluye por lo menos un mes de síntomas de la fase activa, ejemplo ideas delirantes, alucinaciones, lenguaje desorganizado, comportamiento gravemente desorganizado o catatónico y síntomas negativos.(fuente DSM-IV pág 279)

Definiciones dentro del DSM-IV que contienen trastornos en estudio.

Trastorno	Características
Esquizofreniforme	-se caracteriza por una presentación sintomática equivalente a la esquizofrenia, excepto por la duración (dura entre 1 a 6 meses) y por la ausencia del requerimiento de que exista un deterioro funcional.
Esquizoafectivo	-alteración en la que se presentan simultáneamente un episodio afectivo y los síntomas de la fase activa de la esquizofrenia y está precedida o seguida por al menos dos semanas de ideas delirantes o alucinaciones sin síntomas importantes de alteración del estado de ánimo.
Delirante	-se caracteriza por al menos un mes de ideas no extrañas sin otros síntomas de la fase activa de la esquizofrenia
Psicótico breve	-alteración psicótica que dura más de un día y que remite antes de un mes.
Psicótico compartido	-alteración que se desarrolla en un sujeto que está influenciado por alguien que presenta una idea delirante de contenido similar
Psicótico debido a enfermedad médica	-se considera que los síntomas psicóticos son una consecuencia fisiológica directa de la enfermedad médica.
Psicótico inducido por sustancias	-se considera que los síntomas psicóticos son una consecuencia fisiológica directa de una droga de abuso, una medicación o la exposición a las mismas.

La conceptualización que se expone define algunos de los trastornos que pueden presentar las personas con capacidades cognitivas, que a su vez comprometan su estado conductual. *(fuente DSM-IV pág 281-283)*

Enfatizando en la esquizofrenia el DSM-IV expone que *el sujeto con esquizofrenia puede presentar afecto inapropiado (sonrisa, risa o expresión facial tonta de ausencia de estímulos apropiados) la cual es una de las características definitorias del tipo desorganizado. El humor disfórico puede tomar la forma de depresión, ansiedad o ira, puede haber alteraciones del patrón de sueño (dormir durante el día y actividad o intranquilidad nocturna).* *(fuente DSM-IV pág 285)*

El sujeto puede mostrar una falta de interés en comer o rechazar los alimentos como consecuencia de sus creencias delirantes, se observan alteraciones de la actividad psicomotora (alteración de la marcha, balanceo o inmovilidad apática), se presentan dificultades para concentrarse, son evidentes y pueden reflejar problemas en la focalización de la atención o distrabilidad debida a la preocupación por estímulos internos. El suicidio es un factor importante, porque aproximadamente el 10% de los sujetos con esquizofrenia se suicidan *(fuente DSM-IV pág 286-287).*

La edad mínima de inicio para el primer episodio psicótico de la esquizofrenia es a mitad de la tercera década de la vida en los varones y al final de esa década en las mujeres. El inicio puede ser brusco o insidioso, pero la mayoría de los sujetos muestran algún tipo de fase prodrómica manifestada por el lento y gradual desarrollo de diversos signos y síntomas, entre ellos aislamiento social, pérdida de interés en los estudios o el trabajo, deterioro de la higiene y el aseo, comportamiento extraño y explosiones de ira. A los familiares les puede resultar difícil interpretar este comportamiento y pueden pensar que el sujeto "está pasando una etapa difícil" *(fuente DSM-IV pág 288)*

Las características que se presentan podrían verse como elementales pero ello bajo el razonamiento médico, sin embargo véase que la variabilidad del comportamiento y comprensión de las conductas, se discurren dependiendo de los episodios en que se encuentre la persona, afectando de forma considerable su bienestar mental, riñendo con los lapsos o episodios de lucidez.

El Tribunal de Familia mediante Voto 1309-2016, de las trece horas y cincuenta y seis minutos del veintidós de diciembre del dos mil dieciséis expuso:

La discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye un perjuicio- La autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, son elementos fundamentales para asegurar la no discriminación, ya que la sociedad limita estos derechos a aquellos grupos sociales que son discriminados por razones de edad, sexo, condición económica, entre otras razones. (...). Esta nueva perspectiva implica que las personas con discapacidad tienen obligaciones con la comunidad y con su familia, por ser esta la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad, por tanto, el Estado debe velar para que las familias reciban la protección y la asistencia necesarias que contribuyan al bienestar de las personas con discapacidad.

Efectiva y convencionalmente el Tribunal centra su mirada en el nuevo paradigma de la discapacidad, haciendo hincapié en la exposición de los derechos de las personas con discapacidad y su fundamental participación en la sociedad, siendo radical la introducción de la Ley N°9379 sobre la Autonomía Personal, lo cual puede razonarse a nivel del estudio y análisis de los trastornos en cuestión, que la ley podría tambalearse y hasta reñir con la identificación oportuna y sistemática sobre los cimientos garantistas versus desconocimiento pericial.

Dentro de la Esquizofrenia se puede subdividir categorías bajo su dictamen, lo que obedece a la pericia médica determinar sus causas entre estos:

Tipo Paranoide: la característica principal del tipo paranoide de esquizofrenia consiste en la presencia de claras ideas delirantes o alucinaciones auditivas, en el contexto de una conservación relativa de la capacidad cognoscitiva y de la afectividad, los síntomas característicos de los tipos desorganizados y catatónico (paralizante), ejemplo lenguaje desorganizado, afectividad aplanada o inapropiada entre otros (*fuentes DSM-IV pág 292*)

Fundamentalmente las ideas delirantes son de persecución, de grandeza o ambas, pero también puede presentarse ideas delirantes con otra temática ejemplo (celos, religiosidad o somatización). Las ideas pueden ser múltiples, pero suelen ser estar organizadas alrededor de un tema coherente, es habitual que las alucinaciones estén relacionadas con el contenido de la temática delirante. El sujeto puede presentar un aire de superioridad y condescendencia y también pomposidad, atildamiento, falla de naturalidad o vehemencia extrema en las interacciones interpersonales. Los temas persecutorios pueden predisponer el sujeto al comportamiento suicida y la combinación de las ideas delirantes (...).

Trastorno esquizoafectivo

-La característica esencial del trastorno es un período continuo de enfermedad durante el que se presenta algún momento un episodio depresivo mayor, maníaco o mixto simultáneamente con síntomas que cumplen igualmente para la esquizofrenia.

La enfermedad con síntomas afectivos y psicóticos simultáneamente se caracteriza por cumplir totalmente un episodio depresivo mayor, lo cual podría

presentarse al menos en dos semanas, la duración de los episodios maníaco o mixto debe ser al menos una semana, puesto que los síntomas psicóticos debe tener una duración de por lo menos un mes para cumplir con criterio de esquizofrenia.

Trastorno psicótico breve

El trastorno se ajusta a una alteración que comporta el inicio súbito de por lo menos uno de los siguientes síntomas psicóticos positivos: ideas delirantes, alucinaciones, lenguaje desorganizado (disperso o incoherente) o comportamiento catatónico o gravemente desorganizado. Un episodio de esta alteración dura por lo menos un día, pero menos de un mes y el sujeto acaba recuperando por completo el nivel previo de actividad. La alteración no es atribuible a un trastorno del estado de ánimo con síntomas psicóticos, a un trastorno esquizoafectivo o a esquizofrenia y no es debida a los efectos fisiológicos directos de alguna sustancia, es típico que los sujetos con un trastorno psicótico breve experimenten un gran desorden emocional o una confusión abrumadora, con rápidas alternancias entre distintos estados afectivos (*fuentes DSM-IV pág 295*)-

Los trastornos que anteceden forman parte de las innumerables situaciones que la o el Juez en este panorama podrá afrontar, la necesidad de conocer las características, síntomas, padecimientos con enlace de la prueba pericial, viene en gran medida a dar soporte a la valoración probatoria que determinará la protección de los derechos de las personas con condición de discapacidad, ello porque quien juzga debe en todo caso ponderar si el trastorno o enfermedad limita o no que se desenvuelva la persona en la convencionalidad diaria del conglomerado social.

A raíz de este apartado se puede observar que nuestra realidad social es cambiante, dinámica y de ello la aplicación de la Ley no puede escapar, por

ello se determina que el conocimiento de factores sociales, comportamentales, familiares, compromisos cognoscitivos entre otros, deben ser custodiados a la luz de los principios procesales y protectores del panorama de la discapacidad con matiz convencional en función de la dignidad humana.

El rol de la persona en los procesos de Salvaguardía

A lo largo de la investigación se ha recorrido todo un camino entre las constantes generalidades históricas de la minusvalidez, incapacidad, muerte civil, negación de derechos, hasta tratar de evolucionar en el concepto de una persona discapacitada y formalmente evitar toda discriminación rondando el término esencial persona con discapacidad.

El abordaje técnico-jurídico que se ha tratado de analizar arroja que existe aún mucho trabajo por realizar, priorizando un enlace jurídico entre la norma nacional como convencional, que evidencie un tratamiento más sensible del tema en estudio, partiendo de ello se busca analizar dentro de este panorama el rol de la persona con condiciones de discapacidad, dentro del universo judicial y su participación en los procesos de salvaguardia.

Construir un concepto de persona es a nuestro criterio y convencimiento un tema difícil, porque ello implica no solo traspasar las culturas, creencias, tradiciones sino abordar temas sobre género, médico-científico, jurídico, sexo, hasta llegar a una línea convencional que enfrasquen las más diversas situaciones que se puedan explicitar en función de un hombre, mujer, persona menor de edad, persona adulta mayor o con orientación sexual diversa, diversidad entendida por un mundo de oportunidades, facetas, gustos, ambientes, cis-género entre otros aspectos que redundan o encajan en el constreñir o no un conjunto de facultades, derechos, oportunidades, deberes que enmarcan a la persona como tal.

Asimismo el terreno de la discapacidad como propiamente se trata dentro de la tesis de investigación, es un parámetro según nuestra visión aún infértil que necesita de un verdadero abordaje integral en nuestro país, ya que podría decirse que se mantiene la vertiente de invalidez de derechos y desconocimiento convencional.

La Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, fue publicada en el Alcance 153 en la Gaceta N°166 del 30 de agosto del 2016, mientras que su reglamento fue emitido mediante Decreto Ejecutivo 41087 MTSS el día 30 de mayo del 2018, quiere decir dos años y tres meses aproximadamente, para que el reglamento surtiera los efectos como lo indica su artículo 1 *el objetivo del presente reglamento es establecer las disposiciones de observancia obligatoria para personas físicas, jurídicas e instituciones de los Poderes del Estado (...).*

El reglamento en todo sentido viene a tratar de hacer más transparente el entendimiento y aplicación de la Ley, al establecer con mayor ahínco la funcionalidad de conceptos que posiblemente sean utilizados hasta la emisión del reglamento en los procesos judiciales 2016-2017, reflexionándose en la interrelación necesaria de ambas normas.

El artículo 2 inciso b de la Ley 9379 define persona con discapacidad:

Incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (...)

El reglamento en estudio en el artículo 2 define *de conformidad con el paradigma de abordaje de discapacidad desde los derechos humanos así*

Inciso 1 Persona física: término jurídico para referirse a todo ser humano nacido con vida como sujeto de derechos y obligaciones

Inciso 6 Persona con discapacidad: incluyen a aquellas personas 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.

Nótese que el concepto de persona no mantiene un cambio significativo, sin embargo al utilizarse lentes convencionales y sensibles, el reglamento de la Ley 9379 recorre terreno y reglamenta conceptos como la capacidad jurídica y la capacidad de actuar (incisos 3 y 4 de la norma dos), los cuales mejoran el camino de comprensión de la normas que se analizan.

Bajo esta línea de pensamiento es grato también dentro del panorama que se estudia que el Reglamento a fin, delimite los conceptos sobre las facetas de la discapacidad, para con ello realzar el pensamiento de quien ajusta de forma global la conjugación de derechos.

El inciso 8 del artículo 2 del Reglamento de la Ley 9379 argumenta como participación *el acto o actos que realizan las personas para involucrarse en situaciones vitales, la participación efectiva y en igualdad de condiciones con los demás, de una persona con discapacidad, dependerá de que el ambiente físico, social y actitudinal en el que se vive y desarrolle su vida, se constituyan facilitadores y no en barreras u obstáculos.*

Concepto que visualiza a nuestro criterio aún sesgos o resabios de actitudes discriminatorias ya que se centra en las barreras y obstáculos, pero cuáles, arquitectónicas, retrocesos, cambios actitudinales de quién, de la persona juzgadora, el entorno, la familia, las instituciones estatales y así un sinfín de aristas posibles que resguardan el tan esperado avance que se busca

lograr con un cambio de paradigma, que aún mantiene que es el mismo espacio entendiéndose entorno quien produce la discapacidad.

Artículo 2 inciso 9 Discapacidad intelectual:

Incluye aquellas personas que presentan deficiencias en las funciones relacionadas con el aprendizaje y que al interactuar con las barreras debidas a la actitud y el entorno, evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Inciso 10 Discapacidad psicosocial o mental:

E un producto social: que resulta de la interacción entre una persona con un “proceso sicoafectivo” particular y las barreras actitudinales y de entorno que la sociedad genera, teniendo como base el estigma, el miedo y la ignorancia y que limitan su participación plena, en igualdad de condiciones con los demás. El concepto de discapacidad psicosocial implica erradicar del vocabulario empleado por la sociedad los términos de “enfermo mental”, “paciente mental” y “demente”.

Importantes son las separaciones o categorías que el reglamento en análisis enuncia, ello en este caso con el objetivo de erradicar las palabras discriminatorias del lenguaje social y que de forma obvia calan obligatoriamente en el caso judicial, teniendo coherencia este argumento con que es el mismo entorno entonces que produce la discapacidad.

El análisis necesario que se abarcó en cuanto a la sección de trastornos mentales, hace una sinergia importante ya que profundiza al menos en algunos posibles panoramas, conflictos cognoscitivos que la persona con discapacidad pudiese afrontar. El inciso 11 del artículo 2 del Reglamento expone que la persona con discapacidad que se encuentre **en situación de compromiso del estado de conciencia** se refiere a *aquellas personas que enfrenten barreras que impiden la comunicación y que aún con la utilización de apoyos diversos y*

ajustes razonables, no se logra establecer su comunicación e interacción con el entorno, (el resaltado no es del original).

Nuestro Poder Judicial en el año 2015 emitió la Circular 60-2015 siendo enfática en la materia de violencia doméstica, asunto *abordaje de casos de personas que se presumen cuenta con alteración mental o una enfermedad psicosocial y se duda de su comprensión de medidas de protección que se ordenan en violencia doméstica*, acota la misma en lo que interesa:

El Consejo Superior del Poder Judicial en sesión No. 21-15 celebrada el 10 de marzo de 2015, artículo LXXXII, dispuso realizar recomendaciones en aquellos casos en que se encuentre involucrada una persona de la cual se indique realizó actos de agresión a su familia o su pareja pero que se presume que cuenta con una alteración mental o una enfermedad psicosocial y en apariencia con una incapacidad para comprender el alcance de las medidas de protección que se solicitan en materia de violencia doméstica.

b) Debe solicitarse al personal profesional en psicología del Departamento de Trabajo Social y Psicología, o a la Sección de Psiquiatría Forense del Departamento de Medicina Legal o al Servicio de Psiquiatría de los Hospitales de la Caja Costarricense del Seguro Social, una valoración psicológica o psiquiátrica a efectos de determinar la condición de salud mental de la persona, si comprende el carácter volitivo de sus actos, si puede comprender el alcance de las medidas de protección y determinarse conforme a esas medidas, las consecuencias de su incumplimiento y si puede enfrentar un proceso judicial. En caso de requerirse precisar un diagnóstico clínico del padecimiento de la persona referida, se debe dirigir la solicitud de valoración directamente al área de Psiquiatría correspondiente.

g) En estos casos, la persona juzgadora no debe disponer como medida el internamiento directo de la persona con discapacidad psicosocial al Hospital Nacional Psiquiátrico, aunque sí puede disponerse su traslado y la valoración de aquella en el servicio de emergencias del centro médico, sobre todo en aquellos casos que se encuentre descompensada. Se recuerda que la disposición de un internamiento en un centro de esa naturaleza recae en el criterio exclusivo del personal médico.

h) Si es del caso, podría coordinarse con el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial a fin de que se establezca si la persona y su familia son candidatas a alguno de los programas que dicho ente desarrolla con la población con discapacidad psicosocial.

Nótese que ya en el año 2015 un lapso antes de la emisión de la Ley 9379 y su reglamento, el engrane judicial visualizaba la discapacidad psicosocial ya dentro del ordenamiento jurídico, a fin de tomar en cuenta las posibles o presuntas consecuencias de los actos que pudiesen cometerse por parte de este sector de la sociedad.

Razón de lo anterior es más que palpable que el ordenamiento jurídico es cambiante y la necesidad de avance está altamente inserto en las decisiones jurisdiccionales. Ejemplo de lo anterior versa en función del ahora término discapacidad intelectual *incluye aquellas personas que presentan deficiencias en las funciones relacionadas con el aprendizaje y que al interactuar con las barreras debidas a la actitud y el entorno, evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, el igualdad de condiciones con las demás personas (artículo 2 inciso 9 del Reglamento Ley 9379).*

Relativizar los conceptos, trastornos y síndromes es evidentemente esencial para determinar qué grado de compromiso cognoscitivo o deficiencia mantiene o no la persona y si ello vendría o no a realmente vulnerar o efectivizar el prisma de derechos fundamentales.

El artículo 25 párrafo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos expone que

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad

El Pacto Internacional de Derechos Políticos, Económicos y Sociales en su artículo 12 inciso 1 explica que *los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, asimismo el inciso d regula la *creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

No podría escapar por tanto que de ventana al paradigma de la discapacidad el derecho a la salud, forma parte intrínseca de toda persona, custodia que en todo caso en aplicación de las normas jurídicas también debe privar, no debiendo ser pasada por alto.

Entretejiendo lo anterior debe hacerse conciencia que el paradigma sobre las condiciones de discapacidad es evolutivo y no estático, no solo existen barreras como bien lo dice la famosa Ley 7600, sino un entorno plagado de una visión egocentrista y hasta muchas veces de normalidad entendida como convencionalidad de todas las personas participantes del conglomerado social.

El inciso 8 del artículo 2 del Reglamento ibidem, explica que el concepto de participación refiere sobre *el acto o actos que realizan las personas para involucrarse en situaciones vitales. La participación efectiva y en igualdad de*

condiciones con los demás, de una persona con discapacidad, dependerá de que el ambiente físico, social y actitudinal en el que vive y desarrolle su vida, se constituyan facilitadores y no en barreras u obstáculos.

El inciso 13 del referente anterior conceptualiza el término ajustes razonables los cuales se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La gama de oportunidades dependerá definitivamente del caso en concreto, pero con abanico de parámetros que realmente garanticen ese ejercicio pleno de derechos y deberes de la persona con discapacidad.

Bajo esta línea de pensamiento es viable observar también el terreno en la que se encuentra la población en estudio en todas sus facetas, ello bajo el ojo clínico del proceso de salvaguardia, como garantía de la eficacia y eficiente aplicación de las normas en juego.

El artículo 2 inciso g, párrafo uno y dos de la Ley N°9379 define la Salvaguardia como *mecanismos o garantías adecuadas y efectivas establecidas por el Estado costarricense (...), para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las personas con discapacidad. La salvaguardia mitiga que las personas con discapacidad sufran abusos, de conformidad con los derechos humanos y/o de influencias indebidas en detrimento de su calidad de vida.*

Razón de lo anterior el Capítulo II del Reglamento ibidem, norma la Igualdad Jurídica con Discapacidad y de la Salvaguardia, con el propósito de armonizar el establecimiento del proceso judicial en mención.

El proceso en mención podría decirse que viene en igual sentido a reformar, cambiar y avanzar en cuanto el paradigma de las condiciones de discapacidad, siendo importante afrontar la capacitación tanto para las personas juzgadoras como para las personas que litigan en este apartado, si bien es cierto tanto la Ley como el Reglamento vienen a enmarcar un camino de protección o litigio, existirán panoramas ambiguos, sesgos y hasta posibles decisiones que podrían coartar derechos, abolirlos o hasta delimitar la funcionalidad de un proceso que se encuentra en función de características procesales y constitucionales dentro de una balanza de justicia.

El artículo 7 del Reglamento sobre la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal, dispone la Salvaguardia para la igualdad jurídica *no podrá ser impuesta en contra de la voluntad de la persona (inciso 2), es facultativa y no obligatoria, se facilita para apoyar en la realización de actos o decisiones en concreto, que tengan o puedan llegar a tener efectos jurídicos (inciso 4), proporciona protección contra los abusos en el ejercicio de la capacidad de actuar, en igualdad de condiciones con las demás personas (inciso 6), no es un tipo de representación legal, ni similar a otras figuras (inciso 8)*, proceso que viene a dar mérito en principio de los derechos, actitudes, aptitudes y visibilización de las personas con discapacidad.

El objetivo del proceso en estudio promueve y asegura a la persona con condición de discapacidad su efectiva participación en el entorno, si bien la salvaguardia es facultativa y no puede ser impuesta, podría argumentarse como interrogante, qué pasa o qué se haría ante una persona con un trastorno cognoscitivo, paraplejia, amputación, discapacidad psicosocial, enfermedad terminal, espectro autismo o únicamente una conducta hipersexualizada, terreno fértil de análisis en todo sentido, teniéndose entonces la difícil tarea de discriminar que sería o no prudente recibir como judicialización ante un Despacho Judicial.

El proceso de salvaguardia descansa bajo el principio de gratuidad según nuestra normativa en el artículo 8 del Código de Familia, numeral 7 de la Ley 9379 y 10 del Reglamento en estudio, legitimando a la persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial de gestionar la solicitud, asimismo la Ley en mención legitima a las personas familiares y/o instituciones a gestionar, *cuando en virtud de una limitación funcional a la persona con discapacidad (...), se le imposibilite o limite solicitar por sí misma la salvaguardia* (artículo 8 de la Ley ibidem).

El Reglamento a la Ley en su articulado 8 que se analiza, introduce un procedimiento novedoso *“intensidad de los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar”*, en lo que interesa expone

Los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar serán de diversa intensidad menos o más intensos de acuerdo con la situación concreta y en virtud de las disposiciones (...).

Un apoyo más intenso podría ser el que brinde la persona garante a una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, quien podrá consentir para un acto concreto.

Un apoyo medianamente intenso, será por ejemplo, el firmar conjuntamente ante notario o en gestiones administrativas.

(...) Apoyo menos intenso, es aquel en el que la persona brinda orientación, hace más comprensible la información y aconseja acerca de las consecuencias y efectos del acto (...), en los tres tipos de apoyo, según el caso en concreto, se debe garantizar que prevalezca la voluntad, gustos, deseos y preferencias de la persona que recibe el apoyo.

Consecuencia de lo anterior es viable pensar en el grado de conocimiento, sensibilidad y del contexto casuístico que deberá analizarse, tornando la decisión sobre un grado de apoyo que pudiese para una persona ser menos o más intenso dependiendo claro está de la independencia judicial, de frente a la decisión jurisdiccional.

El artículo 10 de la Ley 9379 regula o guía más bien con su redacción la valoración de la salvaguardia, indicando que *el juez o la jueza deberá valorar en primera instancia y con prioridad la designación de la salvaguardia hecha por la persona con discapacidad, cuando en virtud de una limitación funcional, la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite indicar la persona de su preferencia, el juez o la jueza valorará como opción para que se ejerzan la salvaguardia a los familiares de la persona con discapacidad.*

Analizando este tema en específico se utiliza como referencia el expediente 180001101302fa, con el objetivo de visualizar la necesidad de un trámite apegado a la norma en concreto.

Hecho tercero: quien asiste a la señorita M.E.G, es su madre, quien le brinda todos los cuidados necesarios, ya que M.E, no ejecuta movimientos, no agarra, no habla, usa pañales, es una bebé de veintisiete años, que depende al cien por ciento de su madre

Hecho quinto: la joven E.G, nació como una niña normal (...) le dio la enfermedad de meningitis y producto de dicha enfermedad se dio la condición denominada, parálisis cerebral y cuadriplejia espástica, ella no posee muebles o inmuebles inscritos a su nombre.

Hasta este momento quien representa el cuidado de la persona con discapacidad es su madre, norte que la norma ordena visualizar, *en todos los*

casos (...), deberá garantizar que la persona que ejerza la salvaguardia es la idónea, moral y éticamente demostrado (...) (artículo 10 párrafo tercero Ley 9379-

El Juzgado de Familia de San Carlos al cual pertenece el expediente en estudio solicita una valoración social ante el Departamento de Trabajo Social y Psicología, peticionando:

Tómese en cuenta las condiciones habitacionales, satisfacción de necesidades básicas, situaciones de riesgo (...), consultar con fuentes vecinales sobre la relación de convivencia entre la promovente y la presunta discapacitada (el tiempo que han vivido, juntos, relación afectiva entre ellos), estúdiense si existe algún interés económico o de otro tipo en razón de la solicitud de salvaguardia.

Las gestiones presentadas la persona a juzgadora si bien debe resolverlas mediante principios de celeridad, sencillez, informalidad, tutela judicial efectiva entre otros, debe también garantizar un proceso apegado a la escucha efectiva de la persona con discapacidad, valorando el entorno así como la voluntad de la “bebe”, sea una persona sujeta de derechos con dignidad humana.

La valoración según el caso en concreto, implica tomar en consideración la voluntad y las preferencias de la persona, atendiendo a su trayectoria de vida o historia familiar, relación de confianza que exista entre la persona que requiere el apoyo (..) artículo 14 del Reglamento de la Ley 9379.

Dentro de estos parámetros el Dictamen Médico Legal 2018-0000291 concluye:

La evaluada es portadora de parálisis cerebral infantil, presenta un trastorno del desarrollo del movimiento y postura, atribuido a una agresión no progresiva sobre un cerebro en desarrollo, en la época fetal o primeros años (...), le produce rigidez y afectación severa de

la movilidad de las cuatro extremidades (cuadriplejía espástica), deterioro severo de sus capacidades mentales superiores con una dependencia total para realizar sus actividades básicas e instrumentales de la vida diaria.

La evaluada no está en condición de poder realizar valoraciones para la toma de decisiones legales, sociales, patrimoniales, personales o financiero, la enfermedad que padece se debió a una lesión del cerebro que le provocó una discapacidad motora, mental e intelectual severa

Capacidad cognoscitiva y volitiva: abolidas

-no está en capacidad para ejercer su derecho al sufragio, ni para ser electa en cargos públicos.

-no puede administrar ni disponer de sus propios bienes, ni puede opinar sobre estos temas.

-no tiene capacidad para retirar o administrar una pensión.

-no tiene capacidad para realizar gestiones bancarias.

-no puede administrar pequeñas sumas ni para adquirir artículos de uso cotidiano

-no tiene capacidad para gestionar en sede judicial o administrativa, ni tiene capacidad para emitir opinión sobre este particular.

-no tiene capacidad para obligarse en contratos mercantiles, ni puede opinar sobre este particular.

- no tiene capacidad para administrar donaciones, herencias o legados.

-no está en capacidad para vivir en forma independiente, ni tiene capacidad para opinar con quién y dónde quiere vivir.

-no puede acceder sobre su correspondencia sin la intervención de terceros.

-no está capacitada para realizar actividades remuneradas

-no está en capacidad para decidir sobre su matrimonio o para divorciarse

-no está capacitada para decidir sobre su sexualidad

-no tiene capacidad para adoptar personas mayores o menores de edad

-no tiene capacidad para ejercer ninguno de los atributos de la responsabilidad parental.

-no tiene capacidad para ejercer la tutela de menores de edad

-no tiene capacidad para construir un proyecto de vida

-no tiene capacidad para ejercer sus derechos reproductivos ni para solicitar esterilización.

-no tiene capacidad para brindar su consentimiento libre e informado para ser sometida a experimentos médicos o científicos.

De cara a la pericia médica pareciera ser que M.E.G, lo único a lo que puede ser amparada, es encontrarse encamada, dependiente, rígida y con una condición que limita sus funciones motoras como cognoscitivas, acá la madre es quien mantiene custodia y quedará en sus manos el resto de días.

El anterior razonamiento es evidentemente un apego al sesgo de la muerte civil y abolición de derechos para cualquier persona, ello porque si el proceso de Salvaguardia es gestionado en sede judicial, es más que evidente que quien merece tutela efectiva es una persona, que por sus condiciones se encuentra sujeta a una dependencia parental como en este caso y por ende la sensibilidad con que debe abordarse, la obligatoriedad de proveer un proceso centrado en derechos y emitir una sentencia

La madre para este caso en concreto y aceptado su cargo sería una persona garante y no una "curadora", ello así regulado mediante el numeral dos inciso I de la Ley 9379 *la persona garante será una persona mayor de dieciocho años que, para asegurar el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica (...), le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones (...).*

El artículo 17 del Reglamento sobre la Ley 9379 especifica cada una de las obligaciones de la persona garante para la igualdad jurídica, entre ellas a nivel de paráfrasis se pueden indicar:

a-la persona garante podrá apoyar a la persona con discapacidad, tomándose en cuenta la intensidad de los apoyos que deba realizar y así resuelto mediante decisión judicial, la cual lo especificara, de forma excepcional se podrá apoyar en alguna situación no descrita en la resolución cuando sea urgente e imprescindible (apoyos menos intensos).

b-el deber de apoyar a la persona en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia, apoyo en cuanto al acceso a información y educación sobre derechos sexuales, reproductivos y de planificación adecuada, (en esta especificación se introduce la protección de derechos fundamentales de la persona con condición de discapacidad, la cual se analizará en el capítulo sobre dificultades de la aplicación de la Ley 9379)

c-asistencia en la toma de decisiones en el ámbito legal, financiero y patrimonial, lo que involucra que la persona garante resguarde la conformación del patrimonio que mantiene derecho la persona, siendo importante por ende que el cargo la persona responsable sea ética y moralmente aceptable, análisis que también viene a ponderar subjetividad de quien resuelve, el contexto y el entorno familiar.

d-el deber de garantizarle a la persona con discapacidad el acceso a información completa y que sea esta accesible, para que la misma pueda decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos. Aquí es sumamente importante este aspecto ello porque si la persona mantiene algún síndrome, trastorno, condición psiquiátrica, entre otra situaciones, podrá evidentemente ponderarse la necesidad o no de aprobar, desaprobar o hasta suprimir un

derecho reproductivo por ejemplo, lo que descansará entre la pericia médica y la decisión jurisdiccional.

El Inciso d en su párrafo segundo en lo que interesa explica que

La esterilización de personas con discapacidad es una práctica excepcional, pues se aplicará a solicitud de la misma persona con discapacidad **o cuando sea necesaria e imprescindible para la preservación de su vida o integridad física**, (...), no pueden presentarse solicitudes de salvaguardia requiriendo autorización para someter a una persona con discapacidad a esterilización, en todos los casos deben cumplirse los presupuestos (el resaltado no es del original). Se considera discriminación por motivos de discapacidad, que cualquier instancia pública o privada (incluida la familia), impida, limite o segregue el derecho de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a contar con la información oportuna y real para decidir con respecto a la esterilización voluntaria.

Encrucijada transversal entre derechos, deberes, género, reproducción entre otras situaciones que se podrán presentar ante una solicitud como esta, ello ya que como se dijo en líneas anteriores, frente a ese panorama fáctico la persona que juzga deberá priorizar y a la vez ponderar derechos de la mujer/madre, vida, salud, evolución y sus implicaciones, función parental entre otras situaciones que aparejan este clímax a nivel de decisión

e-el deber de ofrecer el apoyo oportuno, garantizando el respeto sobre derechos, voluntad, preferencias, habilidades y las capacidades.

Función que es viable con aquellas personas ejemplo parapléjicas, no videntes o con trastornos de comunicación, sin embargo ante condiciones psiquiátricas, funciones cerebrales comprometidas (así descrito en la Ley 9379), será evidente que la persona garante deberá tomar toda decisión por la persona

con discapacidad, pareciera esta redacción bastante feliz ello a fin de propiciar la voluntad de quien está vulnerable, pero es evidente que los conceptos de decisión, voluntad, gustos preferencias y habilidades, son altamente barridas por normas que podrían muchas veces coartar simplemente los derechos de quien está sujeta a la discapacidad.

f- el apoyo en la maternidad o paternidad que debe ofrecer la persona garante, no implica que ésta asuma la maternidad o paternidad del hijo o hija de la persona con discapacidad, pero sí que le apoye en su ejercicio, contemplando los apoyos que requiera por su condición de discapacidad (...), lo anterior con la finalidad de evitar que por motivos de discapacidad, cualquier instancia pública o privada (incluida la familia), impida, limite o segregue el derecho a la maternidad o paternidad.

El inciso d y f, deberían encontrarse unidos por el énfasis que mantiene los derechos sexuales, reproductivos y las funciones parentales, lastimosamente se mantiene la idea que una persona con síndrome de down o con espectro autismo, no podría desarrollar su “instinto” materno o paterno, sin embargo la posibilidad de evitar la limitación en funciones parentales es un aspecto que debe desarrollarse y analizarse, a la luz de la Convención sobre Derechos Humanos, Convención de las Personas con Discapacidad, entre otras normas, pero más que ello hacer visible la necesidad de evitar soslayar a la madre o al padre por alguna condición de discapacidad y permitir abrir el mundo de las limitaciones subjetivas y aptitudinales que se mantienen en la sociedad.

A nivel judicial como se abarca en esta investigación, una decisión jurisdiccional que se apegue a la normativa, dependerá mayormente del contexto de la causa y del verdadero uso que la o el Juez realizará del ordenamiento jurídico.

No puede limitarse quien decide judicialmente a una experticia médica o de peritaje sin abordar integralmente las decisiones y manifestaciones de las personas con discapacidad, porque ello vendría a cumplir la hipótesis de la investigación la cual radica en la abolición de derechos, como los explicitados en la prueba pericial descrita en este apartado o dictamen médico, lo cual pareciera una simple lista de imposibilidades pero no es más que la vulneración y vulnerabilidad de este mundo en estudio.

g-ofrecer el apoyo a la persona con discapacidad, pero evitándose ejercer ningún tipo de presión, coerción, violencia ni influencia indebida en el proceso de toma de decisiones (...), dicha imposibilidad no resulta aplicable cuando la vida de la persona se encuentre en riesgo inminente por una situación emergente e imprevista (...).

h-la imposibilidad de la persona garante para brindar consentimiento informado, tiene como fundamento evitar la sustitución de la persona con discapacidad en la toma de decisiones sobre la práctica o no de intervenciones médicas o científicas en sus funciones y/o estructuras corporales.

j- observa la obligación a la persona garante de no permitir experimentos médicos o científicos de las personas con discapacidad.

k- deber de proteger la privacidad de la información personal, legal, financiera, salud (...) denunciar ante las instancias administrativas correspondientes de manera oportuna y diligente (...).

Pareciera que el artículo habilita ciertas situaciones que pudiesen pasar ello a grandes rasgos, sin embargo la Ley y su reglamento, definitivamente deben de llevar un desarrollo jurídico capaz de tener conciencia que el terreno que se pisa es altamente vulnerable, por las condiciones en que se dinamiza la discapacidad en todas sus manifestaciones.

Reforzar además la vigilancia de las personas jurídicas como cuidadoras, así indicado por el numeral 18 del Reglamento *ibídem* *procede designar a persona jurídica como garante, siempre y cuando la persona con discapacidad así lo proponga o ésta no cuente con familiares que le brinden apoyo y protección*, es un reto importante.

Especial cuidado deberá entonces tenerse acá ya que institucionalizar podría ser la última opción que la persona debería tener, lo que la Ley deja al arbitrio de quien representa o juzga. Obviamente no todos los casos podrán ser iguales o desiguales, pero también es un portillo que debe ser tomado en cuenta como aquella necesidad obligatoria que se mantiene a la hora de decidir específicamente por una persona en condiciones comprometidas a nivel cognoscitivo.

Vertiendo lo anterior se analiza el expediente judicial 17-000561-1302fa, del Juzgado de Familia de San Carlos, con el objetivo de observar el trámite y decisión jurisdiccional

1-Gestión Verbal: Solicitud de Salvaguardia tomada en forma verbal ante el Despacho, gestiona María Francisca A.D, a favor de la persona con discapacidad Raquel O. A

2-Los hechos más significativos: la madre argumenta que Raquel siempre ha vivido con ella, fue diagnosticada con epilepsia y otras enfermedades, toma tratamiento por vida, *mi hija Raquel hay que cuidarla como una bebé ella no habla, no escucha hay que bañarla, darle de comer, me presento a fin de solicitar la representación de mi hija definitivamente, en virtud de que es una persona con discapacidad y se me autorice a fin de firmar como representante, para que ella sea operada para no tener hijos en el Hospital de San Carlos (...), solicito dicha autorización siendo que mi hija no se puede cuidar sola y aún así*

paso todo mi tiempo a su lado, pensando en un futuro no pueda estar mi persona a su lado cuidándola por alguna circunstancia.

3-Constancia sobre enfermedades: probable estado encéfalico, discapacidad cognitiva, retardo mental no cuantificado vs proceso post-encefalítico, epilepsia, sordera congénita, sordomudez congénita y trastorno espectro autista (...) (Hospital San Carlos)

Iniciando el trámite de las diligencias se argumentó el uso del principio de gratuidad contemplado en la Ley y su reglamento en estudio, se dispone el impulso procesal y se cuenta con la obligación de vigilar el trámite célere, la causa inició el día diecinueve de junio del dos mil diecisiete.

4-Acta de entrevista a persona con discapacidad (30 de agosto dos mil diecisiete): la jueza se apersona en compañía de la Garante Provisional, se inicia el trámite y se indica que *la joven Raquel, se muestra en buen estado de salud, vestida adecuadamente a su edad, se le pregunta si me entiende y no contesta, le hago gestos con la mano a ver si ella logra entender, pero ella solo responde con gestos (...), indica la madre que ella nació sin poder escuchar o hablar (...).*

5-Dictamen Social Forense (27 de octubre 2017) conclusiones específicas:
el grupo familiar valorado es de tipo uniparental materno (...), se evidencian medios adecuados para la satisfacción de las necesidades básicas, la madre no posee ingresos propios ni pensión, es ayudada económica y habitacionalmente por sus hijos para que atiendan las necesidades de ambas. Por su parte la joven Raquel, desde su infancia ha permanecido en condición de dependencia para con su progenitora, se denota que existe un proceso de infantilización de Raquel, la cual requiere que su madre le haga o diga que hacer. La autonomía de Raquel está anulada ya que la madre en el afán de protección y cuidado le

ha sobreprotegido al punto de la dependencia, la cual se considera mutua (simbiosis), puesto que la madre se motiva en relación al cuidado permanente (...), se recomienda que la joven Raquel sea referida a la Sede Regional del CONADPIS (...). En cuanto a las expectativas de la señora María Francisca en el presente proceso, relacionado a la intervención quirúrgica de esterilización (...), dicha gestión estaría siendo contraria a lo establecido en la legislación, conviene para los efectos del proceso y en relación a la autonomía de Raquel, que también la señora María Francisca, sea referida al CONADPIS con el fin de que sea orientada profesionalmente, en cuanto al interés de poder realizar los trámites para que Raquel pueda optar por una pensión por el Estado, es una consideración relevante que debe ser considerada.

Importantes recomendaciones y aspectos se recolectan por medio de esta valoración social, pesando con gran fortaleza en el cuidado parental de frente a la persona con discapacidad, extrayéndose posiblemente el concepto de “minusvalidez” aún aprendido por la madre en cuanto a su hija, si bien es cierto Raquel mantiene ciertos trastornos, enfermedades y padecimientos, el aislamiento es total en cuanto a su participación con el entorno. Identificar factores de riesgo es trascendental, además debe notarse que las condiciones cognitivas de Raquel, suprimen sus gustos, necesidades, posibilidad de decidir entre otras circunstancias que la aíslan de forma sistemática.

6-Dictamen Médico Legal 2017-0000843 (29 de setiembre 2017), conclusiones específicas, pregunta importante “valorar si la señora Raquel O.A mantiene capacidad de decisión en cuanto al ejercicio de su capacidad.

Se trata de una femenina de treinta años (...), discapacidad cognitiva con retardo mental y en observación por probable trastorno del espectro autista (...), presenta conducta de anacusia (sordera total), no se comunica por lenguaje oral, su madre a través de señas le señala que

se siente o que se ponga de pie y la evaluada obedece esas órdenes simples, pensamiento no valorable por su condición cognitiva y sensorial (...), sin capacidad para leer, escribir, ni realizar cálculos, necesita ayuda de terceros para realizar sus actividades básicas (comer, vestirse, arreglarse e ir al baño) y completamente para sus actividades instrumentales (llamar por teléfono, hacer compras, cocinar) de la vida diaria, lo que incluye la supervisión en la administración de bienes. No presenta ninguna otra limitación funcional ni anatómica para deambular libremente ni movilizar sus cuatro extremidades ni la columna vertebral (...), la evaluada no está en condiciones de poder realizar valoraciones asertivas para la toma de decisiones en el ámbito legal, social, patrimonial, personal y financiero.

Al responderse la pregunta central, sin mayor fundamento se dice *capacidad cognoscitiva y volitiva abolidas (...), no está en capacidad para decidir su sexualidad, no está en capacidad para vivir en forma independiente, ni tiene capacidad de opinar con quién y dónde quiere vivir, no tiene capacidad para ejercer sus derechos reproductivos.*

Las funciones cerebrales de Raquel se encuentran comprometidas de forma cognoscitiva, trastornos de comunicación son importantes, capacidad de decisión no existe según la pericia médica, el núcleo familiar se encuentra en condiciones de escasos recursos, por lo que se puede notar un proceso plagado de vulnerabilidad en todo sentido, de lo cual depende una integralidad y conjunción de un cuadro fáctico capaz de llenar los requerimientos, expectativas y derechos como deberes de las personas que se encuentran insertas en el proceso.

7-Sentencia de Primera Instancia 158-2018, de las catorce horas y cuarenta y ocho minutos del veintiuno de febrero dos mil dieciocho del expediente en estudio, en lo que interesa explica:

Se tiene de los autos que la joven Raquel cuenta con 32 años, es nativa de Nicaragua, (...), se desprende de la valoración social que la promovente es sobreprotectora para con su hija, no es de su preferencia delegar el cuidado de Raquel en otras personas (...), en general se logra concluir que la progenitora ha asumido el cuidado y atención de su hija (...), la promovente empieza a presentar limitaciones físicas y posibles cognitivas que podrían afectar sus destrezas para el cuidado constante de Raquel, por lo que esta autoridad coincide en la recomendación vertida por el Lic E.C, en que se debe hacer una intervención más integral para Raquel y su madre, a efecto de que se le capacite para potencializar las destrezas de su hija y no atropellar la autonomía de la misma.

La señora María Francisca, en su demanda ha indicado que desea ser nombrada como Garante de su hija, para así poder firmar como Representante de ésta la solicitud de esterilización en el Hospital San Carlos, refiriendo temor a que su hija en un futuro pueda ser cuidada por otra persona y pueda sufrir algún tipo de abuso, sin embargo posteriormente en fecha 30 de agosto 2017, doña María indicó que en realidad ella quiere proteger a su hija por lo que requiere proteger a su hija por la enfermedad que ella padece de epilepsia y que no es su deseo someterla a ningún peligro (...), por lo que de conformidad con dicha manifestación, se tiene por desistida su pretensión de que se le autorice para gestionar la cirugía de esterilización de su hija Raquel. POR TANTO: se declara a Raquel en estado de salvaguardia, sus capacidades cognoscitivas y volitivas se encuentran abolidas (...), se designa como Garante a la señora María Francisca A.D, quien debe tutelar el cuidado personal, acompañamiento y fundamentalmente potenciar en cuanto sea posible las capacidades que conserva su hija (...). El juzgado de oficio procederá a revisar la salvaguardia cada cinco años, se ordena que la joven Raquel sea referida a la Sede Regional del CONAPDIS, con el fin de que se brinde atención de la persona con discapacidad y se delimiten apoyos posibles con respecto a las

competencias institucionales (...), una vez firme esta resolución, inscribese en la sección de personas del Registro Nacional y en el Registro Civil.

La disyuntiva de este expediente radicaba si bien en la necesidad de representación de Raquel, la solicitud de esterilización juega un papel crucial para la decisión de la Jueza K.C.C, vertiendo la prueba pericial que constaba en el expediente, que si ello se fuese a decidir, de forma específica como lo dice la sentencia y que de forma obvia no se cuenta con ese documento, la referencia del CONADPIS sobre la intervención, ejercicio y capacitación sobre derechos sexuales y reproductivos era necesaria ya que el Dictamen Médico se limita a manifestar un rotundo no.

Sumando a lo anterior se ordena que en cinco años se proceda a la revisión del proceso, dejándose de lado el universo evolutivo de la discapacidad, la presencia de una adulta mayor, condición de migrantes, apoyo estatal entre otras situaciones, teniendo en este caso o recomendable que el Juzgado abogue por un seguimiento aún más exhaustivo en la vigilancia del proceso y contar con una prueba que determine de forma más específica el contexto que se analiza-

Los procesos de salvaguardia deben luego del análisis anterior ser ventilados de tal forma que la garantía de la tutela judicial prive sobre los derechos de las personas, las acciones afirmativas del Estado deben voltear su mirada en la erradicación de la discapacidad social (pensamiento), el ente jurídico debe estar en vigilancia extrema de sus obligaciones y con ello al menos se tratará de potencializar una justicia acorde con un paradigma cambiante entorno al tema abordado.

SECCIÓN IV Experiencia Judicial a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Autonomía Personal N°9379

Tomando en cuenta la reciente introducción de la Ley 9379 y su reglamento, en esta sección se tratará de recopilar los principales hallazgos observados a la luz de las normas jurídicas, interpretación convencional y la aplicación casuística, dentro de la ponderación de los derechos de las personas en estudio, el proceso de salvaguardia y su tutela judicial de frente a la igualdad convencional, ello con orientación a establecer entre dificultades y desafíos posibles por superar ante la novísima aplicación de dichas normas.

A-Principales dificultades en la aplicación de la Ley de la Autonomía Personal N°9379

Primera Dificultad

Imperiosos vacíos normativos se presentan en la aplicabilidad de la Ley y su contenido, discurre ello tanto en el conocimiento de las normas como en su ejecución, siendo muy diversos los argumentos, razonamientos y hasta la toma de la decisión jurisdiccional dentro del conflicto que se presenta ante los Tribunales de Justicia.

Permite determinar que nuestro ordenamiento nacional si bien debe ajustarse tal como lo indica nuestra Sala Constitucional a poner en marcha los tratados internacionales, a la luz de la experticia judicial nuestro sistema al menos nacional en temas de vulnerabilidad y pragmatismo convencional, se encuentra según nuestra perspectiva muy distante de un enfoque y utilización normativa acorde con las necesidades referentes a las personas con discapacidad en todas sus diferentes facetas.

La capacitación constante en los temas a fin, es la pauta indiscutible para conocer, priorizar y aplicar la Ley en un sentido amplio y formativo dentro del Poder Judicial, no solo dirigido a los Juzgados y Tribunal de Familia, sino a todo el personal colaborador que mantiene una relación constante con las personas con alguna condición de discapacidad.

La Escuela Judicial de nuestro país como precursora de la educación continua del personal del Poder Judicial, representa el Órgano dentro del Ámbito Auxiliar de Justicia un pilar fundamental dentro de la formación constante en temas de formación y capacitación, según lo refleja por medio de su *Misión Brindar un servicio de calidad mediante el trabajo interdisciplinario eficiente y eficaz, que contribuya con la optimización de la administración de justicia*, su *Visión ser una organización consolidada y reconocida en la formación, capacitación e investigación, tanto a nivel nacional e internacional, que contribuya con la excelencia dentro de la Administración de Justicia* (*Disponible en www.escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr*).

Implicando lo anterior que no solamente se encuentra depositada la Ley para ser aplicada sino que descansa en gran parte la necesidad de capacitación en manos de nuestra Escuela Judicial.

La Escuela Judicial “Lic Édgar Cervantes Villalta” para el año 2018 presentó el siguiente Plan de Capacitación 2018 (*www.escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr*), en cuanto a la Especialización en la materia de Familia dirigida a personas juzgadoras en materia de familia, violencia doméstica y pensiones alimentarias, se abordarán tres módulos importantes, el Módulo I *Abordaje Socio-Psicológico del Asunto Familiar (cambio de paradigma)*, el II Módulo II *Derechos Humanos y Derecho Constitucional de la Familia, Teoría a la práctica en los derechos de la niñez* Observación General 13) y el Módulo III

Aplicaciones procesales en el derecho de familia, excepciones a la suficiencia normativa:

Visualizándose lo anterior podría razonarse que la necesidad de capacitación para el personal judicial es indispensable en términos de discapacidad, frente a un abordaje técnico-jurídico que realce o potencie dicho uso de la Ley.

El Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial en su artículo 42 norma

La Escuela Judicial debe asumir la responsabilidad de la formación inicial de los jueces, y en su caso, de los que ya pertenecen a la carrera judicial siguiendo las indicaciones de política general que se lleguen a dictar en la materia, en cuanto a los propósitos que deben perseguirse con esa formación, diseñando, planificando y ejecutando los programas educativos, así como valorando sus resultados y el impacto de tales programas.

La dificultad que se presenta en este ámbito es la necesidad de enlazar el cambio de paradigma de la discapacidad, como norte de formación en la Escuela Judicial, incentivando el tema en mención.

Segunda Dificultad

El litigio por parte de los y las abogadas también representa una dificultad oportuna para el uso y desuso de la Ley, ello porque en gran sentido los conceptos de invalidez, minusvalía, insania, interdicción entre otros conceptos, moran aún en el litigio diario.

Partiendo de lo anterior se utiliza como referencia la solicitud efectuada por la Licda Y.Q.R xx, dentro del expediente 18-000110-1302-FA del Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de Alajuela.

La Joven M.E, nació como una niña normal, pero al cumplir veintiséis días de nacida, le dio la enfermedad de meningitis y producto de dicha enfermedad se dio la condición denominada como Parálisis Cerebral Cuadriplejia Espástica (...), debido a la condición médica su capacidad volitiva y cognoscitiva y siendo que depende al cien por ciento de una segunda persona para vivir, requiere y necesaria la asistencia de una persona que le ayude para que se respeten los derechos y deberes y logre representarla.

Concepto: cuadriplejia espástica (movilidad cuatro miembros, brazos, manos, tronco (cuello, hombros), persona en estado vegetativo. Espástica (rígida).

Respetuosamente puede argumentarse que la terminología que se describe pesa en gran medida sobre el uso y desuso de la incapacidad como un término genérico y aprendido dentro de la sociedad jurídica.

Diferenciar términos entre condición, enfermedad, diagnóstico médico y hasta el respeto de los derechos y deberes, son aristas que entran en juego dentro de la Ley 9379, centrando la mirada en "*nació como una niña normal*" (tomado de la prueba anterior), resabios aprendidos, que se interceptan dentro la violación de los derechos convencionales.

Expediente 18-00079-1517-fa, Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de Upala.

Solicitud del Lic R.R. L

*Hechos: **primero** desde su nacimiento el 16 de noviembre del año 2000, mi hija fue diagnosticada con parálisis cerebral, **segundo** T.U.E, es beneficiaria de pensión por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social, **tercero** no existen bienes muebles inscritos en el Registro (...). Pretensiones: se declare con lugar el procedimiento de Salvaguardia, se declare el estado de incapacidad de mi hija T.U.E.*

Igualmente que en el expediente judicial anterior puede extraerse que la persona profesional en derecho, aún no mantiene un acercamiento sensible en cuanto a los parámetros de la Ley 9379, declarar el “estado de incapacidad”, coarta de forma plural cada uno de los derechos que tratan de visibilizarse por medio de la citada norma.

Abolir de forma categórica los derechos de T.U.E, es el norte que se presenta con la solicitud de “incapacidad” que se gestiona, término superado a través de la investigación, pretendiendo proteger el cúmulo de derechos insertos para la persona.

Dentro del mismo expediente sea el 18-000079-1517-fa, la prueba documental que se hace referencia como diagnóstico médico, se describe que la persona con condición de discapacidad, se le trata por:

Disformismo, convulsiones, retardo desarrollo psicomotor, anomalías auditivas, epilepsia lesional, falla para progresar, bronquiolitis, infección vías respiratorias, coloboma iris, esclerosis tuberosa, parálisis cerebral infantil, nistahmus horizontal.

Obsérvese que desde la perspectiva médica la paciente es tratada por los padecimientos y enfermedades que se describen, sin embargo es necesario argumentar tal como se ha expuesto dentro de la investigación, con alta probabilidad tanto el Abogado que presentó la solicitud de Salvaguardia, como

la persona juzgadora, desconocen de forma amplia cada uno de los diagnósticos médicos que anteceden, dificultándose la comprensión o solicitud de las partes insertas dentro del conflicto judicial.

El Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho Cita en el artículo 12 *Quienes ejercen la profesión del derecho han de actualizar y profundizar sus conocimientos jurídicos constantemente*. Pareciera una norma evidente y notoria, sin embargo debe enmarcarse gran importancia en la actualización de los conceptos, trámite y viabilidad de la Ley y su Reglamento en cuestión.

Los derechos y deberes que pueden ser suprimidos o exponenciados en el tema de discapacidad, dependerá de ese análisis médico-jurídico que se lleve a cabo, pues de ello pende el resultado positivo o negativo de la decisión jurisdiccional.

Bajo esta premisa y analizando la pretensión del expediente 18-000135-1517-fa, del Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de Alajuela, sede Upala, el Abogado E.D.B, peticona la apertura del proceso de Insania o Salvaguardia, fundamentándose en el siguiente elenco de hechos: **primero** *solicito la apertura del proceso de declaratorio de que mi hermano tiene retardo mental o sea R.R.R,* **segundo** *el presente insano o salvaguardia es mi hermano y el mismo no tiene donde vivir y por esta razón el mismo vive bajo el mismo techo (...),* **tercero** *producto de sus estados mentales y de las enfermedades del Insano o Salvaguardia el mismo presenta comportamientos erráticos, que colocan en riesgo su integridad, física, mental y patrimonial, pues es “presa fácil” de personas inescrupulosas que podrían utilizar su estado de vulnerabilidad..*

Los conceptos que se extraen desde la inverosímil de la incapacidad, discapacidad, enfermedad, invalidez es palpable por la redacción en como la petitoria ha sido formulada.

Cabe preguntarse acá, ¿qué hace el Juzgado ante esta petitoria, comprende la persona juzgadora lo que se requiere?, acá se enlaza la dificultad número uno, mediante la capacitación, pero ello con perspectiva convencional y la obligatoriedad que mantiene la persona juzgadora para realzar el procedimiento acorde a los derechos de las personas con discapacidad.

Tomando en cuenta las petitorias de los dos Abogados se extrae que el principal tema es la PC (parálisis cerebral), sea entonces la rigidez, falta de movilidad, carencia de comprensión cognitiva y dependencia posiblemente de una persona, abarcar las necesidades, posibilidades, requerimientos y hasta la exclusión de derechos, serían o son vertientes que se observan en la petitoria y que vendrían a invalidar el entorno de las personas con condiciones psiquiátricas, alteraciones sensoriales, alteraciones musculares, enfermedades degenerativas entre otras situaciones, que posiblemente el Juzgado que conoce de esta solicitud podría desvanecer igualmente los derechos de estas dos personas.

La incapacidad es aún vista como el límite como se ha dicho e investigado a lo largo del trabajo, como el camino más viable, menos estrecho y más aprendido dentro de la conciencia social, un patrón que ha sido traspasado de generación en generación y que a nivel jurídico se mantiene, se atraviesa, se práctica, existiendo el desconocimiento general sensible del tema a fin.

Recientemente los temas de incapacidad en nuestro país se tratan de superar a fin de visibilizar a las personas con discapacidad, desde el enfoque de la protección

de sus derechos, tratándose de reorientar la ideología de la minimización de los mismos.

El tratadista Pérez Vargas (2010) define lo siguiente

La capacidad jurídica designa la posición del sujeto en cuanto posible destinatario de los efectos jurídicos, no supone ninguna actividad del sujeto, se trata de una aptitud originaria

La capacidad de actuar designa la posición del sujeto en cuanto posible autor de figuras jurídicas primarias a las cuales la norma conecta objetivamente consecuencias jurídicas, se trata de una aptitud potencial, es presupuesto esencial para que la actividad de la persona pueda ser productora de consecuencias jurídicas.

Bajo estas premisas nuestro ordenamiento jurídico ha sido totalmente tajante en las posibilidades que tenemos las personas de ejercer nuestros derechos ejemplo de ello matrimonio, actos de comercio, decisiones propias, entre otros todo enmarcado dentro del término de la discapacidad, se ha tratado de establecer barreras o imposibilidades a fin de que aquella persona que no cuenta con “facultades” no pueda hacer uso de las posibilidades de ejercer las mismas.

Cabe destacar que en las personas físicas esa capacidad procesal requiere de dos supuestos, haber alcanzado la mayoría de edad y encontrarse en buen estado de salud mental. La ausencia del primero obliga que la parte sea representada por alguno de sus padres en el ejercicio de la patria potestad o bien por un tutor. En cuanto al segundo, se exige la declaratoria de insania o interdicción, en cuyo caso la representación o capacidad procesal recae en el curador que al efecto se nombre (Parajeles 2002)

Nuestro Código Civil en el capítulo II sobre la Capacidad de las Personas cita

Artículo 36 Modificación o Limitación:

La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva y cognoscitiva o su capacidad legal, en las personas jurídicas por la ley que las regula.

Artículo 41 Incapacidad

Los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva y cognoscitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos.

Normas que delimitan cada uno de los panoramas que la ley instituye a fin de contrarrestar cualquier situación anómala, ilícita o contraria a la ley por la infracción de dichos artículos (ideología de la incapacidad), se busca definitivamente que las personas profesionales en derecho se instruyan en los temas importantes que se abarcan en la investigación.

Lastimosamente la conciencia social, judicial y hasta jurídica radica en que este tipo de capacitaciones debe ser orientada a las personas del ámbito de relaciones familiares, sin embargo debe recordarse que en todas las materias se encuentran implícitos los derechos de las personas bajo en concepto de dignidad humana y por supuesto cualquier condición de discapacidad que se contenga.

Reforzar los conocimientos, preocuparse por la capacitación constante, utilizar lenguaje jurídico apropiado, realizar peticiones ante los Tribunales de forma acorde al panorama de la discapacidad, es sin duda una dificultad que se atraviesa en este lapso de transición jurídica 2016-2018, aproximadamente ya dos años de implementación de la Ley sin que aún se contenga un marco o panorama acorde a las necesidades institucionales, de litigio y protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Dificultad Tercera: Población Vulnerable (mujeres, personas menores de edad, persona adulta mayor.

Personas menores de edad

Las personas menores de edad se encuentran revestidas de todos los derechos y deberes que nuestra Constitución Política impone y/o establece, a fin de protegerles en su etapa de desarrollo y crecimiento, teniéndose la visión

obligatoria por parte del Estado de proveerles lo necesario para que se desarrollen dentro de un cúmulo de derechos con los cuales sus esferas personales estén vinculadas a la normativa nacional como convencional.

Partiendo de lo anterior debe recordarse que la inserción de las ideologías por ejemplo de la situación irregular a la protección del interés superior de la persona menor de edad, sustentan los cambios en el pensamiento de que los y las niñas pertenecen a un grupo minoritario que será hasta su etapa de adultez cuando se les considere como importantes dentro del Estado al que pertenecen.

El argumento expuesto es más que evidente, la minimización de los derechos de las personas menores de edad (PME) y su correlativa relación con un Estado tirano que les desproteje en todo sentido, si aunado a ello se considera que este sector de la población a parte de estar en minoría presenta discapacidad para ejercer una vida convencional, es evidente que la vulnerabilidad se presenta con mayor esplendor, a lo que devendría en reflexionar que ese Estado incumple con cada una de sus obligaciones como ente rector y protector de este sector del conglomerado social.

Valorando en este sentido lo anterior se utiliza la Observación General N°9 del Comité de los Derechos de los y las Niñas realizada el 27 de febrero del 2007, con el objetivo de realizar una comparación exhaustiva con el tema que se estudia.

El artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño y la Niña arguye

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, **los impedimentos físicos**, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes

tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de **discriminación** o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (el resaltado es propio)

Torna la mirada dicho artículo sobre el evitar la discriminación como eje central de la Convención en cuanto a la discapacidad utilizando el concepto de “impedimentos físicos”, el cual a nuestro concepto se podría decir que debe superarse tomando en cuenta que toda exclusión o señalización por tenerse una discapacidad podría pretender ser minimizado en los derechos como persona.

La Observación en estudio indica que “el 06 de octubre de 1997 el Comité (...), *consideró la posibilidad de redactar una Observación general sobre los niños con discapacidad* (pp 136), sin embargo se puede notar que a la fecha de ese compromiso no se cuenta con este documento que dinamizando su contenido podría constituir la primera Convención Internacional que pudiese aplicar, proteger y promover los derechos de las personas menores de edad con discapacidad, lo que es evidente su urgencia y promulgación.

Dentro de este análisis se observa que **la pobreza** podría ser un sesgo manifiesto que se apareja con la discapacidad, hecho que es más que claro que no es así, aspecto que la Observación lo indica así “*dado que la pobreza es tanto la causa como la consecuencia de la discapacidad, el Comité ha destacado en repetidas ocasiones que los niños con discapacidad y sus familias tienen derecho a un nivel de vida adecuado, en particular, una alimentación, vestimenta y vivienda adecuadas y una mejora continua de sus condiciones de vida*”.

Lo que se difiere de dicho párrafo es cimentar que la pobreza colabora con la discapacidad ya que esto no es un panorama en el cual se pueda indicar, que las personas con escasos recursos sean quienes mantengan mayor

discapacidad y las personas con recursos sobre inmuebles o posibilidades de estudio sean quienes la discapacidad se manifiesta en menor rango, lo que permite cuestionar que se vulnera los derechos con este pensamiento y se encasilla en un grupo vulnerable a las personas en mención.

Disposiciones principales para los y las niñas con Discapacidad

Expone la Observación N°9 que en cuanto al párrafo primero del numeral 2 de la Convención de los Derechos de la y el Niño (en adelante Convención), *“la discriminación muchas veces se presenta de forma múltiple ya que aparte de la discapacidad los niños viven en zonas rurales de poco acceso, la prestación de servicios los excluye de la educación y les niega el acceso a los servicios de salud y sociales de calidad”*, aspectos que si bien tratan de mejorar el estilo de vida de la PME véase que la línea de pensamiento del Comité es cómo enfrentar o mejorar las barreras institucionales que infringen el acceso de las personas con discapacidad a falta de una construcción adecuada, tomando en cuenta hasta este momento como una discapacidad motora que no permite un desplazamiento efectivo de aquella PME.

El estigma social, los temores, la sobre protección, las actitudes negativas, las ideas equivocadas y los prejuicios imperantes contra los niños con discapacidad siguen siendo fuertes en muchas comunidades y conducen a la marginación y alienación de los niños con discapacidad (Observación N°9 pp 137

Niñas con discapacidad

El Comité realiza una petición basta en cuanto a valorar la obligación de observar con mayor detenimiento a las niñas por su condición de mujer, menor de edad y discapacidad ya que en unión de todo ello se refleja la violencia por

género, lo que deviene en adoptar con mayor atención medidas concernientes a estos aspectos.

Tratando de reflexionar en ello nótese que nos desenvolvemos en un mundo jurídico altamente patriarcal en el cual las normas jurídicas están plagadas de androcentrismo y patriarcado, lo que de forma lastimosa debe admitirse que en este punto, no se logra avanzar ya que las niñas aún a nuestro concepto pertenecen a un grupo minoritario que si a ello se suma la discapacidad, al menos nuestro país no tiene o no cuenta con medidas correctivas para este argumento.

Importante recordar que no es proveer de Escuelas, útiles o uniformes a las niñas o niños y con ello el Estado cumplió con su obligación de protección porque simplemente se estaría frente a un ciclo rotativo de medidas que no permiten concientizar en el tema y se utilizarían estas herramientas para ponderar que la discapacidad se logra erradicar con hechos materiales, los que de forma obvia forman parte de las necesidades continuas de la población, pero no colaboran con el surgimiento de la protección a las niñas en estudio.

El artículo 23 de la Convención, principio rector disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad.

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

-Busca este párrafo incluir en la sociedad a las personas menores de edad con discapacidad en igualdad con las demás personas, pero no se refiere a una igualdad formal o material, sino equiparada a las necesidades inclusivas que la sociedad y el Estado deben proveer para que las PME puedan desarrollarse de una forma plena sin ninguna barrera a nivel por ejemplo de construcción de edificios en el entorno que se desarrollan.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

-Alienta el párrafo a que las PME tienen derecho a recibir cuidados especiales por medio de la Seguridad Social, sin dejar de lado a las personas progenitoras que les cuidan con el objetivo de que estas últimas se eduquen en cuanto al cuidado de las y los niños con discapacidad.

-Los recursos institucionales y estatales deben proveer de una forma sistemática las necesidades de la población con discapacidad pero que también logre cimentarse a cada caso concreto, ya que si no lo es así, en igual sentido se violenta los derechos de los y las niñas.

- No es proveer de forma comunal por parte del Estado equipo médico al sector de niños y niñas en el área metropolitana de camillas especiales por ejemplo y no visualizar la zona rural que también merece y necesita de ello, porque entonces se estaría en la misma protección de discriminación que se discute.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y

el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

-Coincide con el razonamiento anterior enfocándose en la educación, guía y fortalecimiento dirigido hacia las personas cuidadoras o progenitoras que mantengan la custodia de las PME, con el objetivo de recibir la guía y enseñanza necesaria en el tema a fin.

-Podría decirse que no se cumple a cabalidad dicha recomendación al no existir un abordaje integral que dinamice la situación de una forma compleja, dirigida hacia la madre o el padre desde el punto de vista de ayuda y/o seguimiento en el desarrollo y crecimiento de las personas menores de edad con discapacidad.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

-El Comité observó que este intercambio de información es limitado ello porque simplemente no se le da el peso necesario que trate de proteger con mayores cimientos la discapacidad, podría ser que no se catalogue como una necesidad básica del Estado bajo un tema de importancia, reflejando así la falta de sensibilidad en este aspecto.

El Comité observa y recomienda sobre la Legislación

El Comité recomienda que los Estados Partes realicen una revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar que todas las disposiciones de la Convención sean aplicables a todos los niños, incluidos los niños con discapacidad, que deberían mencionarse explícitamente cuando proceda (Observación 9 pp 139)-

Las disposiciones establecidas anteriormente son de fácil razonamiento que nuestro país no cumple en ningún sentido aún y cuando se encuentra suscrito como Estado parte de la Convención, podría argumentarse que el Código de Niñez y Adolescencia podría ser una medida que pudiese garantizar dicha propuesta, pero si se observa ese cuerpo normativo no se evidencia norma imperativa que así lo establezca.

El Código de Niñez y Adolescencia dentro del capítulo IV Derecho a la Salud propiamente en el

Artículo 41 indica Derecho a la atención médica

Las personas menores de edad gozarán de atención médica directa y gratuita por parte del Estado. Los centros o servicios públicos de prevención y atención de la salud quedarán obligados a prestar, en forma inmediata, el servicio que esa población requiera sin discriminación de raza, género, condición social ni nacionalidad. No podrá aducirse ausencia de sus representantes legales, carencia de documentos de identidad, falta de cupo ni otra circunstancia.

Artículo 42 Derecho a la Seguridad Social

Las personas menores de edad tendrán derecho a la seguridad social, cuando no las cobijen otros regímenes, disfrutarán de este derecho por cuenta del Estado, para ello, la Caja Costarricense de Seguro Social adoptará las medidas respectivas.

Artículo 44 inciso a Competencia del Ministerio de Salud

El Ministerio de Salud velará porque se verifique el derecho al disfrute del más alto nivel de salud, el acceso a los servicios de prevención y tratamiento de las enfermedades, así como la rehabilitación de la salud de las menores de edad.

Inciso a: Asegurar la atención integral de este grupo, procurando la participación activa de la familia y la comunidad

Considerablemente el interés superior de la persona menor de edad está presente en la legislación de lo cual se trata de abarcar, proteger y proveer lo necesario a la población a fin, pero nótese que aún y cuando uno de los principios rectores sea la no discriminación, el Código de Niñez no mantiene un enfoque destinado a las personas con discapacidad, siendo que la interpretación normativa y echando mano al enfoque convencional sería la herramienta necesaria para que este panorama fuere fructífero.

La educación inclusiva

El Comité alude al término *educación inclusiva como un conjunto de valores, principios y prácticas que tratan de lograr una educación cabal, eficaz y de calidad para todos los alumnos, que hace justicia a la diversidad de las condiciones de aprendizaje y a las necesidades no solamente de los niños con discapacidad, sino de todos los alumnos* (Observación N°9 pp 153)

Referente a ello el artículo 58 inciso a del Código de Niñez cita: *Políticas Nacionales garantizar educación de calidad e igualdad de oportunidades para las personas menores de edad.*

Unido a los derechos fundamentales que mantiene la PME dentro de este análisis la educación también forma parte de esas necesidades elementales de las personas con discapacidad, que en la mayoría de las ocasiones sus posibilidades son trastocadas primero por falta de personal capacitado a nivel docente para atender la demanda y segundo por la falta de

inclusividad de los Centros de Enseñanza que mantienen en sus ofertas académicas.

El tema central del interés superior de la persona menor de edad como eje transversal de la discapacidad es más que notable que su violación está vigente en cada aspecto analizado. Aún y cuando mantengamos norma constitucional que proteja al “niño desvalido” (norma 51), se logra rescatar la falta de conocimiento y sensibilidad en el tema que se estudia.

El Comité recomienda:

1- La adopción de medidas para movilizar la voluntad política necesaria y lograr un compromiso auténtico de investigar y llevar a cabo prácticas más eficaces para prevenir los factores que colaboren con las discapacidades.

2-Incluir la discapacidad como motivo prohibido de discriminación en las disposiciones constitucionales.

3. Prever recursos efectivos de violaciones de los derechos de los niños con discapacidad.

4-Organizar campañas de concienciación y de educación dirigidas al público en general y profesionales concretos.

Honrando las recomendaciones que anteceden, al menos en nuestra Constitución Política si se hace alarde de los numerales 7 y 48 como oportunidad de visualizar las Convenciones que garanticen protección a la población que se enfatiza, al menos se cuenta con portillos para tratar de minimizar su vulneración y tratar de dar seguimiento a las políticas convencionales.

Lamentablemente no se cuenta con una visión transversal que potencialice los derechos de las PME con discapacidad y que con ello se provea al Estado de mejores recursos institucionales y jurídicos, que garanticen este cúmulo de situaciones.

Enlazando lo anterior es más que notable que frente a la institucionalización y judicialización de los trámites o procesos, la Ley 9379 se dificulta en su aplicación, abordaje y razonamiento.

El artículo 2 inciso b de la Ley 9379 indica que *en el caso de las personas menores de edad, en la medida en que esta ley sea aplicable, se procurará siempre perseguir su interés superior.*

El interés superior es norma rectora dentro de las causas judiciales en que se encuentra inserta una persona menor de edad, la dificultad más latente en este aspecto es de frente a la autonomía personal tal como lo cita el primer párrafo del numeral 2 inciso d *derecho a todas las personas con discapacidad a construir su propio proyecto de vida, de manera independiente, controlando, afrontando, tomando y ejecutando sus propias decisiones en los ámbitos público y privado.*

Nótese que la situación entre la edad, condición de discapacidad, desarrollo cognitivo y defensa de los derechos, quedará posiblemente en el acompañamiento parental para la o el niño, entrando dentro de este círculo la persona juzgadora, que también tendrá la obligación de verificar y priorizar los derechos, ante un desarrollo palpable, que la Ley 9379 no visualiza o norma en ningún sentido, debiendo por ende remitirse a lo convencional.

Mujeres con Discapacidad

Las mujeres durante épocas han sido discriminadas en todo su entorno sea político, social, económico, laboral entre otros, dentro del universo patriarcal que dirige y sustenta la vida en común, si a ello se le une la discapacidad como un factor aliciente de exclusión, simplemente la sociedad tendrá objetos llamados mujeres.

Parece fuerte lo anterior pero es una realidad latente que las mujeres frente a la disparidad en todo sentido social y hasta familiar atraviesan, siendo presa fáciles de las constantes marginaciones dentro del mundo misógino.

Dentro de la Ley 9379, artículo 2 sobre la el Derecho a la Autonomía Personal párrafo tercero, explica que *igualmente, la autonomía personal trae consigo el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, como también del ejercicio de los derechos civiles y electorales entre otros.*

Enfocando la mirada en derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, debe acotarse que sería fácil detenerse únicamente en este tema, observando a la fémina como una máquina reproductora incapaz de mantener igualdad y protección ante la Ley, si bien es cierto el artículo 1 párrafo 1 de la Ley N°9379 cita que *el objetivo de la presente ley es promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal*, el cual observa el concepto “personas” como el referente esencial para toda la población, es necesario mantener una vigilancia continua en el tema de los derechos de las mujeres.

Enfatizando el tema de los derechos sexuales y reproductivos como coparticipes de los derechos fundamentales de las mujeres, se hace necesario ahondar un poco en este tema, ya que la Ley 9379 y su reglamento abarcan si bien puntos estratégicos en estos aspectos, a criterio de la investigación el abordaje debe ser igualmente abarcado de forma convencional.

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos a nivel internacional cuenta con antecedentes que se fechan en el año 1968, año en que se declaró por primera vez dentro de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán *“el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de hijos y los intervalos de sus nacimientos”*, dentro de este marco también se declaró *“el hecho de que la mujer no goce de*

los mismos derechos que el hombre es contrario a la Carta de las Naciones Unidas y las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

El derecho a la planificación familiar se reiteró en 1974 en la Conferencia Mundial de Población de Bucarest y nuevamente en 1984 en la Conferencia Internacional de Población de México, en las cuales se cimienta la necesidad de que los Estados provean información, educación y servicios adecuados para ejercer ese derecho, permitiendo a las parejas constituidas por hombres y mujeres sus derechos sociales.

Mediante resolución A/Res/34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se adoptó por primera vez en 1979 un tratado dirigido a la protección de los derechos humanos de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Recinos (2013).

La CEDAW trata de abarcar disposiciones dirigidas a proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en los distintos ámbitos que éstas se desarrollan tales como el empleo, la educación, el trabajo, el vínculo matrimonial y vida familiar, sin embargo es a partir de la celebración de conferencias temáticas de la Organización de Naciones Unidas, cuando se reconoce de manera explícita los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos.

Villanueva citada por Recinos (2013) explica que *los derechos sexuales garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad y abarcan al menos la protección de la identidad y la orientación sexual, la libre elección de pareja y la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y proscriben entre otros, la actividad sexual coercitiva, la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y la discriminación por opción sexual”.*

Principales instrumentos que observan la protección de los derechos sexuales y reproductivos.

-Convención Americana Sobre Derechos Humanos.	-Protocolo de San Salvador. Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
-Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)	-Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST)

Bajo esta tesitura debe resaltarse que los Estados Parte en el Protocolo de San Salvador, adoptado en el año de 1988 y vigente desde el año 1999, se *“comprometen en adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el mismo”* (artículo 1 del Protocolo de San Salvador).

La Convención de Belém do Pará adoptada en 1994 y vigente desde el año 1995, cuenta con la ratificación de 32 de los 35 Estados Miembros de la OEA, ésta convención define la violencia contra la mujer como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento, físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ha sido útil para la protección de los derechos sexuales y reproductivos al ofrecer una definición de la tortura en su artículo 2, dentro de la cual se ha podido enmarcar la violación sexual perpetrada por agentes estatales, asimismo los artículos 1, 6 y 8 de dicho tratado obligan a los Estados Partes a adoptar

medidas efectivas para prevenir y sancionar todos los actos de tortura dentro del ámbito de su jurisdicción, (Recinos, 2013).

Los derechos sexuales garantizan el control de las personas sobre su propia sexualidad, mientras que los reproductivos garantizan el control sobre sus decisiones relativas a la procreación. (Recinos, 2013).

En referencia a los Derechos Reproductivos la Corte Interamericana y la Comisión han conocido dentro de este ámbito violación de los derechos tales como la instrumentalización del cuerpo de la mujer, la reproducción asistida, el aborto, la esterilización forzada y los derechos de las mujeres a la salud y al trabajo con relación a su maternidad.

El primer caso gestionado ante la Corte Interamericana relacionado con la reproducción asistida fue el proceso de Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica, caso presentado por la Comisión el 29 de julio del año 2011. Relacionándose estos hechos a la prohibición general de la fecundación in vitro, mediante técnica de reproducción asistida, vigente a partir de la emisión en el año 2000 de una decisión por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país.

A continuación se desarrollara cada uno de estos dos derechos, con el objetivo de comprender la diferencia que existen entre ellos, y las acciones que podrían ser consideradas violatorias de estos derechos humanos.

1. DERECHOS SEXUALES.

Dentro de la dicotomía social se ha internalizado mediante la educación patriarcal, que la sexualidad es un marco de referencia completamente ajeno a las mujeres, siendo crucial que los hombres bajo sus encargos sociales tales como el género, sexo y la masculinidad sean los únicos que deben conocer de estos temas.

El sexo, a lo largo del tiempo, se ha incrustado como un tabú o una puerta que se cierra de forma permanente al conocimiento, el profundizar en estos

temas a no ser que sea para estudios científicos, se considera que esa persona se encuentra violando normas sociales que han sido impuestas por la Iglesia y por el conglomerado social. Así lo explica Valladares (2000).

Se considera que la única función natural del sexo es la reproducción, ignorando totalmente la existencia de otras actividades sexuales dirigidas más bien al placer antes que a la reproducción, y reconociendo a la respuesta erótica heterosexual como una respuesta «natural» única, instintiva e innata, por lo que cualquier otra respuesta es vista como una perversión que transgrede los instintos «normales y naturales». La diversidad es vista como un grave peligro que pone en riesgo la “organización” social.

Lo anterior siempre observando a la mujer como un elemento esencial subordinado al hombre, por ende, no debe conocer, disfrutar, expresar o relacionar el sexo dentro su anatomía o posibilidad como placer sexual ya que su función es propiamente la reproducción humana, máxime si a ello se involucra alguna condición de discapacidad, el panorama se empaña aún más y la mujer es simplemente un objeto coparticipe del estado patriarcal.

El encargo social para el hombre, Salas (2005) lo expone así la sexualidad masculina debe caracterizarse por ser siempre activa, lista y potente, con lo cual se puede argumentar que la mujer está destinada a dar placer al hombre, a estar dispuesta a cumplir los deseos sexuales del macho e invisibilizada dentro del margen de sus derechos sexuales.

La socialización y la perpetuidad de patrones culturales refuerzan los mecanismos esenciales para orientar la represión sexual sobre las capacidades de las mujeres, entre ellos, la heterosexualidad, la maternidad obligatoria, las mutilaciones genitales, el acoso sexual, el aborto y así diferentes aristas que en cada una de las culturas evidencian la violación de los derechos humanos de las féminas.

La maternidad como encargo social representa una de las mayores expresiones de la obligación que mantiene la mujer de reproducirse, de colaborar con la especie estando al cuidado de los hijos y las hijas, mantener la célula de la sociedad y aportar mano de obra a las necesidades nucleares y sociales, ideas concentradas que se han mantenido con el transcurso del tiempo, sin embargo por medio de la heterogeneidad entre lo masculino y lo femenino se empieza hacer conciencia de la mujer como sujeta de derechos, revestida de dignidad humana y coparticipa de la sociedad.

Traspasar las ideas del noviazgo sólido, del matrimonio como fin último de procreación, adopción, reproducción asistida entre otros pensamientos, son a nuestro parecer velos sociales que se mantienen con fuerza dentro de la población y la enseñanza de las familias que reproducen mandatos estatales y sociales, que evitan que los derechos sexuales migren con fronteras al conocimiento de las personas.

Relacionando lo anterior se debe tener claro que los derechos sexuales son inherentes a la persona sea hombre o mujer, ello con el poder de decidir cómo ejercerlos, debiendo respetarse cada una de las fronteras que estos involucran.

Los derechos sexuales según Valladares (2000) se fundamentan en la autodeterminación para el ejercicio de la sexualidad sana y placentera, en sus dimensiones físicas, emocionales y espirituales, no ligadas necesariamente a la procreación. Lastimosamente el sexo, dentro de una relación al menos matrimonial y lo convencional, se concibe solo con miras a la procreación de cuántos hijos o hijas se tendrán, no quiere decir que ello no esté inmerso dentro del vínculo, pero lo que se exceptúa como norma importante es el derecho de decidir cómo se ejerce esa sexualidad y si tendrá o no un fin reproductivo, o si más bien la persona con alguna condición de discapacidad, tendrá o no la oportunidad de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, frente a normas que pudiesen restringir o abolir estos derechos.

El disfrute y/o el placer sexual, vistos como esenciales, tanto para el hombre como para la mujer, forman parte de la gran gama de posibilidades que deben respetarse dentro de una relación sexual y no con ello deba exteriorizarse el sometimiento o la obligatoriedad bajo el sexo como un mandado social, Valladares (2000) argumenta que el disfrute de una sexualidad no ligada necesariamente a la procreación, sino que incluya el placer físico, sexual y emocional, la libre orientación sexual, la información sobre la sexualidad y el derecho a la educación sexual, son referentes que deben estar insertos como parámetros o derechos sexuales de cada persona en igualdad de ser humano o humana.

Nótese que en gran medida los documentos jurídicos que tratan de argumentar sobre el tema en este estudio, fijan su mirada siempre en la unión matrimonial, ello sin lugar a dudas bajo una construcción patriarcal de fundamentar a la familia nuclear.

Nuestra Constitución Política establece este panorama desde una perspectiva androcéntrica y patriarcal, en cuanto a los derechos de la mujer ello porque no se observa a la fémina como un ser independiente, sino unida a un hombre que le fortalezca y le provea un núcleo familiar.

El artículo 51 de dicho cuerpo de leyes refiere *La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado (...)*, el artículo 52 cita *que el Matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges*. Normas que descansan en componentes estructurales, culturales y políticos que invisibilizan a la mujer dentro de un campo expuesto de derechos masculinos y sometimiento al Estado que, podría decirse coartan la expresividad de sus libertades; entre ellas la sexual.

Las relaciones entre hombres y mujeres están también marcadas por el Derecho, y responden a un imaginario en el cual las mujeres deben cumplir ciertos roles que las confinan al ámbito de lo doméstico, además de que su

sexualidad y capacidad reproductiva son sometidas a severos controles y restricciones y son causa de discriminación. Es evidente, entonces, que las normas jurídicas vigentes, en su mayoría, parten de una concepción que no reconoce plenamente a las mujeres como sujetos de derechos (Valladares 2000).

¿Aunado a lo anterior, podría preguntarse entonces si se es necesario solo proteger dentro de este estado patriarcal a la mujer vinculada matrimonialmente?, la respuesta es más que obvia, el constructo social involucra a todas las mujeres desde su niñez hasta su etapa como adulta mayor, transversalizando derechos sobre diversidad sexual, adolescencia, familia, estado civil como soltera y madre y condición de discapacidad, sin necesidad de un referente masculino.

Valorar la necesidad de observar también la protección de los derechos sexuales a todo el conglomerado femenino, es un objetivo clave para recordar que todos y todas somos personas, tenemos deberes y derechos, pero sobre todo que estamos protegidos y protegidas de dignidad humana, así dispuesto en el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "*Para efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*".

Dentro de los derechos sexuales como su línea enfatiza, los mismos han sido positivizados resguardando a cada persona sin distinción, discriminación o categoría, palabras o más bien hechos que centran la mirada en exponer que al menos con el avance de los derechos humanos eso sí, en forma paulatina, al menos se visualizan un poco más esos derechos de las mujeres, ejemplo de ello la diversidad sexual vista ya no como aberrante, patológico o como infracción al ordenamiento jurídico penal.

Permítase entonces repensar si la relación lésbica estaría fuera de la protección que sistematiza los derechos sexuales, si ello fuese así aún y cuando se mantiene la cultura patriarcal versus lesbofóbica, de forma evidente las mujeres en este concepto no podrían disfrutar de su sexualidad, ello porque

la sociedad lo observa así y la Iglesia pondría su barrera sobre la identidad de género, sexo y hasta el pecado original como infracciones a la vida en común, máxime, si aún con este estigma social la condición de discapacidad entra en juego, soportando o teniendo que hacerlo las personas constituidas dentro de este grupo vulnerable.

Dentro de este tema Valladares (2000) subraya que en esta línea, los derechos sexuales proponen una transformación política de las relaciones humanas, que deben regirse por el principio de aceptación de la diversidad en los otros/as y la búsqueda de consensos puntuales, partiendo de la misma diversidad y variedad de visiones, necesidades y experiencias de las mujeres y los hombres, entrelazadas por sus propias diferencias.

La diversidad sexual, en cuanto a los derechos en estudio, se potencia también como norte esencial; primero en el respeto de la dignidad humana, segundo la orientación sexual y como tercero sin desmeritar su importancia en la igualdad femenina, ello amparándose en el numeral 33 de nuestra Carta Magna “ *Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*”. El numeral 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos norma “ *Todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de ley*”.

Jurídicamente las normas transcritas y así las que recubran la protección de la mujer, tratan de amparar cada una de las consecuencias que la construcción social versus normativa limita o elimina desde su visión sexista; estos parámetros, al menos es por medio de la interpretación jurídica que se vendría entonces a pensar si los derechos sexuales en sus diferentes etapas están o no protegidos.

La Convención de Belém do Pará norma en su artículo 2 “ *se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica*”, artículo 6 “ *el derecho a toda mujer a una vida libre de violencia incluye a-el*

derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y b- el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”, lo que permite afianzar que los Estados están en la obligación de observar, proponer, mejorar e implementar técnicas que resguarden los derechos sexuales en consonancia contra la violencia de las mujeres en este ámbito.

La CEDAW enfatiza Artículo 1 A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Suma importancia a lo anterior detenerse y reflexionar sobre las políticas públicas que al menos con las normas anteriores posicionan al Estado y nuestro país no escapa de ello, a reservar espacios de envergadura sobre los derechos sexuales, así lo explica Valladares (2000) cuando indica que *los derechos sexuales tienen una doble dimensión, en tanto afectan a la esfera íntima de las personas, pero también alcanzan niveles colectivos por lo que inciden en políticas públicas, nacionales, regionales y mundiales (los resaltados son originales)*, más allá sobre la adopción de las políticas internacionales y nacionales los derechos en mención tratan de superar la visión restringida que sobre pasa el ámbito político, dentro de los elementos básicos del Estado, sean estos participación, representación y poder Valladares (2000).

Lolita Valladares (2000), dentro de su artículo Los Derechos Sexuales enmarca el tema de esta manera

La reivindicación de derechos sexuales surge en las luchas concretas de las mujeres por alcanzar su autonomía sobre las decisiones que afectan

sus vidas, considerar a las y los sujetos de derechos como seres sexuados y sexuadas conlleva la introducción de la diferencia sexual en el campo neutro de la ciudadanía y cuestiona el concepto moderno de igualdad civil y política para las exclusiones (género, clase, raza).

El enfoque de los derechos sexuales en términos de ciudadanía y derechos humanos (...), transforma la concepción tradicional, simplista y excluyente, de las mujeres como reproductoras, a la vez que rescata la sexualidad como un atributo humano, constitutivo de mujeres y hombres, buscando trasladar el abordaje de la sexualidad desde la salud, vinculada con programas materno-infantiles, así como al ámbito de los derechos y la ciudadanía.

Entrelazando lo anterior debe extraerse que esta sinergia que se busca entre los derechos humanos y sexuales constituyen esa elección de la mujer a decidir sobre los derechos en reflexión bajo esa tutela social que relativiza la reproducción o la anticoncepción, que implica el sometimiento desde el punto de vista del género, que vendría a ser una forma de violencia en la vida de las féminas.

Desde esta perspectiva, la libertad de decisión va ligada a la obligación de responsabilizarse de las consecuencias del ejercicio de su sexualidad, derechos y responsabilidades que se generan a partir del ejercicio de la ciudadanía de mujeres y hombres. Valladares (2000).

La intrínseca necesidad de materializar los derechos sexuales bajo el respeto y su visibilización, es la autonomía sexual que tendrá aquella mujer en sus diferentes roles o facetas que se encuentra ejerciendo su sexualidad, lo que permite ello lograr un empoderamiento sobre el tema desde la perspectiva de los derechos fundamentales que se vinculan con ese derecho de libertad visto como necesario, lo que Valladares (2000) explica en que la defensa de los derechos sexuales supone también la defensa a la libertad y la equidad, libertad para decidir y equidad de acceso a todos los medios necesarios para

su ejercicio, estos derechos son intrínsecamente democráticos, pues parten de la libertad sexual y requieren de igualdad.

DERECHOS REPRODUCTIVOS.

Los derechos reproductivos son inherentes a todas las personas, los cuales se fundamentan en los principios de dignidad humana e igualdad, como parte de la persona, constituyendo además el bloque de libertad para su efectivo ejercicio.

Dentro de estos parámetros y en cuanto a la mujer, juegan estos derechos, un papel importante en cuanto a la reproducción humana, la cual si bien constituye un rol generacional, enfocándose la mirada sobre los derechos humanos, se puede argumentar que al menos los reproductivos, la mayoría de las ocasiones son truncados por las políticas gubernamentales que restringen el uso y goce de los mismos.

Facio (2006) argumenta que, si bien una perspectiva de derechos humanos no está limitada a principios legales, las demandas de autodeterminación reproductiva deberían basarse en la legislación internacional, ello con el objetivo de priorizar o hacer énfasis en la obligatoriedad de dar luz a los panoramas jurídicos que bajo lineamientos nacionales rígidos desarticulan los derechos reproductivos, por medio de políticas institucionales plagadas de patriarcado.

La Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo (CIPD) celebrada en 1994, declaró en el párrafo 7.3 del Programa de acción lo siguiente:

“...Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las

parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.”

Lo que permite establecer que los derechos en mención no se circunscriben únicamente al sexo, a la penetración, procreación y satisfacción sexual, sino que confluyen dentro del universo existente de la mujer y el hombre, como personas vivas que conforman un conglomerado de derechos versus deberes que manteniendo la línea del respeto, a ello es en esencia el caldo de los derechos reproductivos, de los cuales no se puede dejar jamás de observar sus cuerpos, mentes y decisiones que forman parte de los derechos que se estudian.

Dentro de esta línea sobre el enfoque de los derechos humanos visualizando los derechos reproductivos, la Declaración de Viena en párrafo segundo anota:

“Todos tienen derecho a disfrutar del progreso científico y de sus aplicaciones. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos toma nota de que ciertos adelantos, especialmente en la esfera de las ciencias biomédicas y biológicas (...), pueden tener consecuencias adversas para la integridad, la dignidad y los derechos humanos del individuo y pide la cooperación internacional para velar por el pleno respeto de los derechos humanos y la dignidad de la persona en esta esfera de interés universal.”

La Acción de Beijing de 1995 acotó en su párrafo 109 (h)

“Los gobiernos deberían prestar apoyo financiero e institucional a la investigación sobre métodos y tecnologías seguros, eficaces, asequibles

y aceptables para la salud reproductiva y sexual de las mujeres y los hombres, incluidos métodos más seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la regulación de la fecundidad incluida la planificación natural de la familia para ambos sexos, métodos para la protección contra el VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, métodos sencillos y baratos para el diagnóstico de tales enfermedades, entre otras cosas. Estas investigaciones deben guiarse en todas las etapas por los usuarios y han de llevarse a cabo desde la perspectiva de la distinta condición entre varones y mujeres, en particular desde la perspectiva de género y realizarse en estricta conformidad con normas de investigación, biomédica, jurídicas, éticas, médicas y científicas internacionalmente aceptadas.

Claramente puede distinguirse que dentro de este razonamiento de la persona humana, todas y cada una de las políticas públicas que enfrenten los derechos reproductivos, deben tomar en cuenta la esencialidad de los cuerpos, mentes, sexo, anatomía y diferencias que categorizan tanto al hombre como a la mujer. Se trata de observar lo reproductivo dentro del marco de la perspectiva de género y su incidencia en la toma de decisiones que trae consigo la especie humana, pero no desde la simple reproducción, sino como una protección sensible que también involucra a las personas menores de edad, que podrán nacer de cada una de las técnicas de reproducción asistida que de ellas dimanen.

Una vez que el androcentrismo en la teoría y práctica de los derechos humanos fue sustituido por una perspectiva de género, fue fácil entender que los derechos humanos reconocidos sí incluían los derechos reproductivos, esto es así porque la perspectiva de género permitió ver toda una gama de intereses y necesidades humanas, así como violaciones a los derechos humanos, que eran sentidas mayoritariamente por mujeres y que, por lo tanto, no eran visibles con la perspectiva androcéntrica. Facio (2003)

Bajo esta línea de protección, la autora Alda Facio propone la delimitación de los derechos reproductivos externando su posición en cuanto al goce y disfrute desde los derechos humanos, centrándose en que la mujer tiene derecho a decidir sobre los mismos.

El derecho a decidir el número e intervalo de hijos e hijas

Parte del derecho a la autonomía reproductiva, reconocido en el artículo 16 de la CEDAW el cual norma que todas las mujeres tienen el derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

La recomendación General N°24 de la CEDAW determinó que “este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad”.

Las principales dificultades que se abordan a nivel pragmático en referencia al uso de la Ley, deben priorizarse en todo sentido, notándose que la Ley y su Reglamento no es explícita en los términos expuestos sobre el paradigma de la discapacidad, hechos o situaciones que deben ser contemplados de forma inmediata por medio de la valoración convencional y sensible que se ha fundamentado.

B-Desafíos y Estrategias de mejora para la aplicación de la Ley de Autonomía Personal en el ámbito judicial

Aunado a lo observado en cuanto a los principales desafíos expuestos, en esta sección; se busca establecer la imperiosa necesidad de mejora y avance en la aplicación de las normas en estudio, permitiéndose con los resultados que se obtienen tratar de realizar recomendaciones posibles de cara al mundo dinámico de la discapacidad.

Primer Desafío capacitación versus convencionalidad.

Radicalmente el desafío de la capacitación es un eje transversal que debe estar presente en nuestro país, tanto a nivel de la rama de familia para el trámite judicial en procesos de salvaguardia, como a nivel institucional a fin de priorizar y sensibilizar el tema a fin.

Desconstruir los patrones sociales de la invalidez jurídica en temas de condiciones de discapacidad entre ellos movilidad, barreras arquitectónicas, condiciones conductuales, síndromes, trastornos y derechos abolidos entre otros, son nortes que urge ser tomados en cuenta en una sociedad judicial, carente de sensibilidad y prioridad en el tema.

El uso de la prueba pericial, pero con un enfoque de protección de derechos es un aspecto de suma importancia dentro del proceso de capacitación, el realizar una pregunta judicial base para todas las causas judiciales, devela la falta de información, conocimiento y abordaje integral del tema de discapacidad en todo sentido.

Analizar las conclusiones que emite una persona, perito en virtud del cúmulo de derechos que pudiesen ser constreñidos, frente a una decisión jurisdiccional es, un panorama que vendrá o no a garantizar la prioridad del sector vulnerable de las personas con condiciones de discapacidad.

El reto es arduo, constante y evolutivo, el no generar un cambio de pensamiento en la tramitación suscita de los procesos judiciales y el conocimiento amplío de la normativa convencional por parte de los Juzgados (personal técnico y persona juzgadora), es un mal que se suma a la violación de los derechos oportunos consagrados en la normativa en estudio.

El artículo 4 del Reglamento sobre la Ley 9379 en su inciso 3 relata:

Es deber del Estado impartir capacitación a las personas que reciben apoyo en el ejercicio de la capacidad de actuar, para contribuir a que puedan decidir informadamente cuándo necesitan más o menos intensidad en los apoyos o cuándo ya no lo necesitan (...). La capacitación también se impartirá a niñas, niños y adolescentes con discapacidad, sus familias, representante legal u organizaciones legalmente constituidas que les representen, con el fin de apoyarles en su proceso de empoderamiento, desde edad temprana al reconocimiento de su igualdad jurídica ante la ley (...)-Esta capacitación al tener un impacto directo en la transformación social necesaria para el reconocimiento de la igualdad jurídica de las personas con discapacidad será prioritaria y será impartida por el Ministerio de Educación, el Consejo de la Persona Joven y el Patronato Nacional de la Infancia en coordinación con el Conadpis.

Lo anterior es palpable que el Poder Judicial no puede y no debe escapar sobre el tema de capacitación en un tema tan sensible como la evolución de la discapacidad. La capacitación como valor agregado fue expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como enfática y prioritaria.

Corte IDH. Caso Furlan y familiares vs Argentina. Sentencia del 31 de agosto del 2012

El Tribunal toma nota de las actividades desarrolladas por el Estado en materia de capacitación a funcionarios, campañas de divulgación y cooperación internacional, tendientes a potencializar los servicios a favor de las personas con discapacidad. No obstante, teniendo en cuenta las violaciones que fueron declaradas, en perjuicio de una persona con discapacidad, respecto a la duración del proceso (...) y la ejecución del mismo (...), la Corte entiende necesario que el Estado continúe

realizando los cursos de capacitación a funcionarios de la rama ejecutiva y judicial y las campañas informativas públicas en materia de la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Los programas de capacitación y formación deben reflejar debidamente el principio de la plena participación e igualdad y realizarse en consulta con las organizaciones de personas con discapacidad. Además, la Corte valora que el Estado continúe fortaleciendo la cooperación entre instituciones estatales y organizaciones no gubernamentales, con el objetivo de brindar una mejor atención a las personas con discapacidad y sus familiares. Para esto, se debe garantizar que las organizaciones de personas con discapacidad puedan ejercer un rol fundamental, a fin de asegurar que sus preocupaciones sean consideradas y tramitadas debidamente.

Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vr Perú. Sentencia del 20 de noviembre del 2014.

326: La Corte valora positivamente las medidas adoptadas por el Estado respecto a la formación en derechos humanos en diversas instituciones del Estado, sin embargo, recuerda que la capacitación, como sistema de formación continua, se debe extender durante un lapso importante para cumplir sus objetivos. De igual modo y a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal, advierte que una capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación con la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos.

Aunado a ello, el ejercicio y uso de la convencionalidad será un garante incondicional, así como pilar fundamental en este tema, así dispuesto por la

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Sentencia del 24 de febrero 2012

281: De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la Administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

282: Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

284: En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso (...). Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona, especialmente cuando se trate de menores de edad o personas con discapacidad, con el fin de que se les garantice un trato preferencial respecto a la duración

de los procesos judiciales y en el marco de los procesos en que se disponga el pago de indemnizaciones ordenadas judicialmente.

Segundo Desafío población vulnerable

Personas Menores de Edad.

La sistematización del ordenamiento jurídico, la convencionalidad referente a normas participantes en procesos judiciales, la sensibilización de acuerdo con la población de niñez, serán en todo momento necesidades que fluyen en la aplicación de la Ley 9379.

Dinámicamente los requerimientos de las y los menores de edad cambian, a través de un progreso evolutivo diario, el cual debe ser capaz de ser partícipe de este cúmulo de necesidades tanto a nivel físico como cognoscitivo, laboral, estudio, entre otras aristas que forman parte del diario vivir.

La persona juzgadora debe ser concientizar que el entretendido convencional y nacional es un factor claro para apoyar un trámite si bien célere debe estar apegado a una normativa que identifique a las personas menores de edad como se dice como “personas” que tienen voz así como la posibilidad de manifestar sus deseos, gustos, sentimientos y otros.

Así dispuesto por la Convención de los derechos de los y las niñas en los siguientes artículos:

Norma 12

1-Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en

cuenta las opiniones del niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2-Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Norma 14 párrafo segundo

2-Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Notablemente las normas que anteceden recuerdan la necesaria participación de las personas menores de edad en los conflictos judiciales, máxime que con la introducción del tema de discapacidad, debiendo por tanto asimilarse o erradicarse que la o el menor de edad se encuentran ante el desafío de una construcción democrática de sus derechos y sus necesidades deben ser igualmente contempladas como se realizan con las personas adultas.

La invisibilización del catálogo de derechos no es un lujo que nuestro ordenamiento jurídico puede realizar, necesidad de concienciar que la población es vulnerable, requiere de mayor protección y que nuestra Constitución garantiza si bien su entorno, no debemos limitarnos únicamente a un proceso adultocéntrico sin la participación enérgica de las personas menores de edad.

Lo anterior es respaldado por la **Corte IDH. Caso Furlan y familiares vs Argentina. Sentencia del 31 de agosto del 2012.**

138 Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social, que incluso deben ser mayores en casos de niños con discapacidad. Respecto de los niños con discapacidad, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló que (...), el logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad, es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud (...).

268: En el presente caso la Corte resalta que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real, obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

Resta indicar que las acciones afirmativas del Estado deben posibilitar uso de la Ley 9379 y su Reglamento a favor de las personas menores de edad, sin embargo, recuérdese que la necesidad del tejido convencional es prioritaria en este tema, ello porque las normas en mención; únicamente hacen referencia a

la aplicación sin visualizar de forma jurídica y oportuna su aplicabilidad a este sector de la población.

Desafío Mujeres

El derecho a la educación

Facio (2003), manifiesta que el acceso de las mujeres a la educación dentro del contexto de los derechos reproductivos, contribuye a su empoderamiento dentro de la familia y la comunidad, buscando así que la fémina tome conciencia de sus derechos y le permita acceder en condiciones de mayor competitividad al mercado laboral.

A nuestro concepto, el derecho de la educación en los términos que se analiza, al menos en Costa Rica, debe fortalecerse traspasando las fronteras de la laicidad que busca la Iglesia en protección del patriarcado, ello porque se impregna de forma sutil concepciones o tabúes que evitan que ese conocimiento, educación y empoderamiento, puedan llegar a las mujeres desde tempranas edades.

Lastimosamente a las niñas se les encomienda la reproducción de la especie humana como un servicio al hombre, sin tener la oportunidad de decidir o no si tienen el derecho de elegir si formar una familia o no, ser madre dentro de un núcleo familiar o ser madre sin un factor masculino que provea protección.

Inclusive nótese que la mujer dentro del entorno patriarcal no sería un marco de referencia si accediera a una técnica de reproducción asistida o fertilización in vitro en nuestro país, ya que visualizar el estado civil de soltería aparte de encasillarle como una mujer sola y carente de oportunidades al no tener un hombre (posición falocéntrica), es un parámetro que aún se mantiene.

A lo anterior Facio (2003) lo sintetiza de una forma muy elocuente

Involucrar a los varones en la salud sexual y reproductiva no se reduce al uso de los medios anticonceptivos. El propósito es promover una conciencia de igualdad de género en todos los ámbitos y animar a los hombres para que asuman responsablemente sus roles sexuales, reproductivos, sociales y familiares.

Véase como preponderante hacer partícipe al hombre dentro de esta investigación ello con el objetivo de resaltar la importancia de su rol dentro de la responsabilidad sexual y reproductora, a fin de que este pueda ejercitar y disfrutar también de la paternidad, dentro de las etapas del proceso de crianza y formación de los hijos e hijas,

Esta nueva concepción de la participación masculina implica enfrentar barreras culturales fuertemente arraigadas, los varones han sido educados en los estereotipos de la inmediatez en la satisfacción y potencia sexual, en el imperativo de la reproducción y de la provisión económica. Facio (2003)

El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preceptúa:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figuraran las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y

desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Nótese que el artículo transcrito encamina a extraer que los avances tecnológicos al menos dentro de los derechos sexuales y reproductivos, también forman parte de las necesidades que el Estado está llamado a resguardar, potenciar, proteger y mejorar, a fin de regular espacios certeros en que la medicina vaya de la mano de las personas que opten por dirigirse al sistema público, en el cual no deben ser cercenados sus derechos por alguna situación de discapacidad en cualquier manifestación.

Asimismo, la Declaración de la ONU sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad, incluye el derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana, así como el derecho a no ser objeto de experimentación en esta área, derecho que está explícitamente contemplado en el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. La Corte Interamericana y la Comisión han conocido dentro de este ámbito, violación de los derechos tales como la instrumentalización del cuerpo de la mujer, la reproducción asistida, el aborto, la esterilización forzada y los derechos de las mujeres a la salud y al trabajo con relación a su maternidad.

Tomando en cuenta el informe sobre acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que:

[...] ha recibido de manera consistente y a través de sus distintos mecanismos, información sobre diversas barreras que mujeres en la región americana enfrentan para lograr el acceso a información sobre salud, particularmente en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Las mujeres que han sido históricamente marginadas por motivos de raza, etnia, posición económica y edad, son quienes más barreras enfrentan en su acceso a información en materia de salud y éstas se agudizan

cuando la información versa sobre asuntos relacionados a la salud sexual y reproductiva. El acceso a la información está estrechamente vinculado con la realización de otros derechos, y por tanto la falta de respeto y garantía de este derecho para las mujeres puede ocasionar una vulneración de sus derechos por ejemplo a la integridad personal, vida privada y familiar y a vivir libres de violencia y discriminación (CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, de 22 de noviembre de 2011, párr. 1).

Analizando los parámetros hasta acá esgrimidos, se puede constatar que dentro del Sistema Interamericano, en cuanto al tema de los derechos reproductivos, se reflejan carencias en la falta de reconocimiento por parte de los Estados y la Sociedad, el derecho de las mujeres a decidir de forma libre, informada y responsable sobre sus funciones reproductivas, se suma a ello la falta de reconocimiento de la importancia de la protección de la maternidad y el vínculo de este derecho con los derechos humanos, en concordancia con los derechos sexuales.

De este modo la lucha en contra de las violaciones de los derechos reproductivos implica un cambio en cómo la sociedad percibe los roles de la mujer y del hombre, correspondiendo deslegitimar la idea de que éste necesariamente deberá ser el proveedor económico principal, reconociendo el derecho de las mujeres de desempeñarse dentro del rol materno, sumándose el rol paterno sobre el cuidado y desarrollo de los hijos y las hijas, sin desconocer la legitimidad de otros tipos de núcleos familiares no “tradicionales”. Recinos (2013).

Análisis sobre la Recomendación de la CEDAW, sobre Derechos Reproductivos. RECOMENDACIÓN GENERAL Nº 24.

La recomendación que se analiza por parte del Comité de la CEDAW, bajo sus funciones elementales en cuanto a los derechos de la mujer, se centra

de forma diametral en los vértices reproductivos que mantiene el sector más vulnerable de la sociedad, con la idea de reorientar cada una de las políticas estatales que traten de mejorar y garantizar dicho territorio.

Propiamente mediante la reunión del Comité en el año de 1999, se puede aún palpar que la violación de los derechos que se analizan, mantienen esa desprotección estatal aún y cuando Costa Rica se encuentra suscrito a cada una de las Convenciones propiamente CEDAW, a fin de minimizar la violencia contra las mujeres y como ello influye entre la Ley 9379 y su reglamento, frente a quién y cómo se tomará la decisión de la persona bajo salvaguardia que amerite o no ver truncados sus derechos sexuales o reproductivos.

Procederemos a enfatizar los párrafos más significativos sobre el tema de derechos reproductivos, con el norte de expresar nuestro criterio en lo concerniente a este tema.

El artículo 12 de la Convención para de la CEDAW dice lo siguiente:

"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."

Basándose en dicha norma los siguientes extractos interiorizan o dinamizan la recomendación del Comité.

11. Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios.

El Estado en este caso vulnera los principios constitucionales y supranacionales que involucran cada una de las partes o normas suscritas que han ratificado mediante la CEDAW y todas las convenciones que implementen la discriminación como eje transversal.

El extracto 12 indica

12. Los Estados Partes deberían informar sobre cómo interpretan la forma en que las políticas y las medidas sobre atención médica abordan los derechos de la mujer en materia de salud desde el punto de vista de las necesidades y los intereses propios de la mujer y en qué forma la atención médica tiene en cuenta características y factores privativos de la mujer en relación con el hombre, como los siguientes:

- a) Factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia. Otro ejemplo es el mayor riesgo que corre la mujer de resultar expuesta a enfermedades transmitidas por contacto sexual;

Lo que viene a dar soporte a la idea que se expone en cuanto a la minimización de la mujer dentro del sistema de normas patriarcales institucionalizadas que se disfrazan de rigurosidad, si se hila un poco más delgado bajo la experiencia social, véase que Costa Rica no reproduce capacitación alguna en temas de reproducción, que permitan a las mujeres

conocer sobre este tema y dentro del tema de la discapacidad; podría decirse que esto es un tabú que debe erradicarse.

Extracto 14

14. La obligación de respetar los derechos exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Los Estados Partes han de informar sobre el modo en que los encargados de prestar servicios de atención de la salud en los sectores público y privado cumplen con su obligación de respetar el derecho de la mujer de acceder a la atención médica. Por ejemplo, los Estados Partes, no deben restringir el acceso de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan, por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada* o por su condición de mujer. El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.

Si se nota, acá se hace alarde de todas las intervenciones que transgreden a la mujer en su cuerpo y en su situación emocional, si al utilizarse los lentes de género se vislumbra que en nuestros sistemas de salud la mujer no representa más que una estadística, es un mar de posibilidades que se presentan sobre la violación de las posibilidades de acceder a métodos reproductivos.

Extractos significativos

20. Las mujeres tienen el derecho a estar plenamente informadas por personal debidamente capacitado de sus opciones al aceptar tratamiento o

investigación, incluidos los posibles beneficios y los posibles efectos desfavorables de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles.

21. Los Estados Partes deben informar sobre las medidas que han adoptado para eliminar los obstáculos con que tropieza la mujer para acceder a servicios de atención médica, así como sobre las medidas que han adoptado para velar por el acceso oportuno y asequible de la mujer a dichos servicios. Esos obstáculos incluyen requisitos o condiciones que menoscaban el acceso de la mujer, como los honorarios elevados de los servicios de atención médica, el requisito de la autorización previa del cónyuge, el padre o las autoridades sanitarias, la lejanía de los centros de salud y la falta de transporte público adecuado y asequible

El Reglamento a la Ley 9379 dispone en el artículo 2:

Inciso 6 Persona con Discapacidad: *Incluyen a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*

Inciso 12 Discriminación por motivos de discapacidad: *se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.*

Ajustar todo el incremento de los derechos contemplados, tanto en lo convencional y nacional en función de la discapacidad, atañe categóricamente la dificultad y desafío de potenciar los derechos de la mujer, a fin de que su entorno no sea vilmente vulnerado.

Al menos ya dentro del Reglamento sobre la Ley 9379 se vislumbran cambios que tanto el Estado como la Persona Juzgadora, deben tomar en cuenta y ser vigilantes de toda progresividad

El artículo anterior en estudio en sus siguientes incisos explica:

17 Sexualidad: *es una parte integral de todo ser humano, su desarrollo pleno depende de la satisfacción de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor. La sexualidad se construye entre la interacción del ser humano y las estructuras sociales.*

18 Derechos Sexuales: *Abarcan derechos humanos reconocidos en documentos internacionales (...) reconocidos a hombres, mujeres y parejas, en razón de su condición humana (...).*

19 Derechos Reproductivos: *(...), los derechos sexuales incluyen la erradicación y la protección ante prácticas violentas que puedan ser ejercidas por personas profesionales de la salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, estos derechos implican que las instancias públicas y privadas relacionadas con su ejercicio deben mantener la confidencialidad en la información al respecto (...).*

Categoricamente el visibilizar y visualizar la perspectiva de género en temas de condiciones de discapacidad en las que se encuentran insertas las mujeres, no es un tema trillado ni mucho menos ambiguo, lo ajeno es pensar o delimitar que dentro de la normativa general y reglamentaria desde una perspectiva androcéntrica el cual es el común denominador, ellas no están facultadas para ejercer derechos sexuales como reproductivos.

Basta indicar en este acápite lo dispuesto por la **Corte IDH. Caso. IV vs Bolivia Sentencia del 30 de noviembre del 2016**, en ejercicio de los desafíos que se plantean.

311: En suma, la Corte considera que existe un reconocimiento cada vez mayor de que las prácticas de esterilización no consentida, involuntaria, forzada o coercitiva no pueden quedar impunes, ya que lo anterior conduciría a perpetuar desde lo institucional estereotipos discriminatorios en el ámbito de la salud reproductiva que se basan en la creencia de que las mujeres no son personas competentes para la toma de decisiones sobre su cuerpo y salud.

317 La Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.

La Ley como su reglamento en temas de mujeres, si bien mantiene una pincelada sobre algunos derechos en estudio, aún mantiene vacíos de cómo tratarlos, abordarlos y decidirlos, quedando nuevamente en manos de los y las juezas la decisión plausible de mutilación o mejoramiento de los derechos expuestos.

Los desafíos y dificultades se encuentran ampliamente entrelazados, ninguno puede ser abordado de forma separada, ello porque si así fuese se estarían comprometiendo, maximizando o minimizando derechos, que en todo caso podrían atentar contra el cúmulo de derechos fundamentales que recubren a la persona humana con condiciones de discapacidad. El camino es arduo en todo sentido, sin embargo, el mayor esfuerzo a la luz de la

convencionalidad es una garantía del uso y disfrute del panorama de la discapacidad con mayor ahínco dentro de la protección estatal.

CONCLUSIONES

De acuerdo con los resultados de la investigación realizada podemos concluir lo siguiente:

- a) Respecto de los datos históricos sobre la Discapacidad, creemos que, a lo largo de la historia, se ha practicado una opresión contra las personas con discapacidad, basándose en ideas de perfección corporal, que otorgaban un lugar subordinado a aquellas personas que no eran plenamente funcionales o no entraban dentro del esquema de la “normalidad”. Esta forma de visualizar la discapacidad se ha venido modificando, gracias a la lucha de las distintas organizaciones, especialmente de personas con discapacidad, que han tratado de dar a conocer al mundo que los prejuicios no son una consecuencia natural de la condición humana, sino una construcción social. Esta concepción necesita ser revisada y reemplazada por otra, acorde con el Modelo Social y al Paradigma de los Derechos Humanos y son las personas con discapacidad quienes deben participar activamente en la conducción de este proceso hacia una sociedad más justa; que no admita ninguna forma de opresión o discriminación.

- b) El cambio de paradigma de la discapacidad ha generado una multiplicidad de cambios sociales, políticos y jurídicos. La idea del modelo social, es decir, que la discapacidad no surge solamente de la persona sino de la interacción entre la deficiencia de la persona y la sociedad, ha alterado las percepciones que, erróneamente,

mantenían excluidas a un significativo porcentaje de la población mundial.

- c) El aporte más significativo del modelo social es su particular enfoque de corregir o rehabilitar a la sociedad misma con el propósito de eliminar las barreras de cualquier entorno y el logro de la inclusión y participación de las personas con discapacidad en todas las etapas de la vida en sociedad, reconociendo y tomando en cuenta sus diferencias y su diversidad, sin embargo, queda sujeto al voluntarismo humanitario, que no parece ser suficiente para la integración total de la persona con discapacidad a la sociedad.

- d) Se ultima que el máximo logro obtenido por las organizaciones mediante sus luchas ha sido la aprobación por parte de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y un Protocolo Facultativo, el 13 de diciembre de 2006. La Convención se concibió como un instrumento de derechos humanos con una dimensión explícita de desarrollo social. En ella se adopta una amplia clasificación de las personas con discapacidad y se reafirma que todas las personas con diferentes tipos de discapacidad; deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

- e) En cuanto a los antecedentes de la discapacidad en Costa Rica, señalamos que los primeros pasos del tratamiento de la discapacidad responden más a un modelo médico/rehabilitador que al modelo social, claramente el objetivo era crear centros para el abordaje de la discapacidad en los cuales se brindará un tratamiento al "padecimiento" sufrido, con el objetivo de corregirlos. Visto desde una perspectiva crítica, este modelo continúa propiciando, de alguna forma, una segregación, ya que a la población con discapacidad se

separa del resto de la población. Nótese, por ejemplo, que si bien la Ley 7600 reconoce una serie de derechos, responde básicamente a aspectos de infraestructura y acceso a lugares públicos, no se evidencia mayormente el modelo social o modelo de derechos humanos en el cual se aboga por la protección de derechos como el de la vida independiente, accesibilidad universal, no discriminación, autonomía personal de la persona con discapacidad entre otros.

- f) Una vez analizada la Curatela, la cual quedó sin aplicación con la entrada en vigencia de la Ley para la Promoción de Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, indicamos de forma categórica que dicha institución jurídica, en definitiva no correspondía al Modelo Social o de Derechos Humanos de la Discapacidad, ya que la Curatela representaba una negación del derecho de las personas con discapacidad a construir su propio proyecto de vida de manera independiente y de tener autodeterminación. En concreto, la figura del curador sustituía la voluntad de la persona con discapacidad, no se trataba entonces de un apoyo en la toma de decisiones, sino de una mera sustitución de voluntad.
- g) Desarrollado en tema del sistema de apoyos, afirmamos que lo necesario es comprender que las Personas con Discapacidad, tienen el derecho de contar con los medios para responsabilizarse de sus propias vidas y acciones, pues al igual que sus semejantes sin discapacidad, han de enfrentarse a problemas familiares, sociales, económicos y políticos. Por lo tanto, no se debe por qué privar de este derecho a un grupo de personas solo en razón de su Discapacidad, simplemente porque en el marco de los paradigmas médico y tradicional, no se les ha considerado en realidad sujetos de derechos.
- h) El Derecho no podía verse ajeno a esta dinámica y es por tal razón

que se da una transformación, tanto del ordenamiento jurídico interno como también de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en el año 2006, el instrumento internacional que por excelencia integra el modelo social de la discapacidad. Sin embargo, como quedó demostrado, se ha creado un “corpus iuris” entendido como ese conjunto de instrumentos internacionales referidos a la protección del grupo social de las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, sería posible afirmar la existencia de un corpus iuris en discapacidad, mediante el cual sería posible hacer una interpretación conjunta (a la luz del modelo social) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador, el artículo 9 de la Convención de Belem do Pará, la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

- i) En el nuevo abordaje de la discapacidad, desde la perspectiva de un modelo social y de derechos humanos, se rompe con el esquema formalista del derecho civil y requiere concebir y efectivizar la idea de una capacidad jurídica universal que conlleve a la inclusión de todas las personas con discapacidad para el ejercicio personal de sus derechos, a fin de realizar su propio proyecto de vida acorde con sus necesidades y voluntades. La persona humana, dotada y reconocida en su dignidad, requiere por lo tanto el reconocimiento de su personalidad jurídica y como atributos intrínsecos de esta, el derecho de capacidad de ejercicio y capacidad de goce de sus derechos, destruyendo por completo la idea de su sustitución y consecuente muerte civil.

- j) Las salvaguardias surgen dentro del ordenamiento jurídico Costarricense, como una necesidad de minimizar las diferencias que hasta antes del año 2016, imperaba como regla en lo que respecta al ejercicio de los derechos civiles y políticos específicamente, encontramos que las mismas como medidas afirmativas requieren un abordaje integral de cada caso concreto colocando en la esfera de las atribuciones de las personas juzgadoras, el deber de decidir sobre las mismas, señalando como regla general que a menor grado de la discapacidad, mayor será la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad y por ende menores serán también las obligaciones del garante para la igualdad jurídica y del asistente personal; quienes a su vez deberán cumplir con tales obligaciones a partir de la voluntad de quien recibe el apoyo.
- k) Existen diversos tipos de discapacidad, por ello se requiere comprender que para algunas personas será fácil manifestar su voluntad, sin embargo, para aquellos casos en los que las personas se encuentren en situación de compromiso del estado de conciencia, el Reglamento de la Ley 9379 indica que se requerirá por parte de la persona juzgadora; la realización de un abordaje del caso concreto que implicará un estudio más profundo del contexto, por medio del auxilio de todo un equipo interdisciplinario que traducirá al órgano jurisdiccional a partir de la trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas que la persona hubiese realizado con anticipación a recibir este tipo de apoyo. Así, encontramos que en este nuevo abordaje de la discapacidad se gradúa la intensidad (menor, mediana y mayor intensidad) de los tipos de apoyos que contempla la Ley 9379 y su Reglamento, sin que de ninguna manera se pretenda clasificar a las

personas con relación al tipo de discapacidad que se encuentre presente en sus vidas; tal graduación es necesaria, pues de ello depende específicamente las facultades que podrá ejercer personalmente la persona con discapacidad y sobre cuáles facultades requerirá apoyo para su ejercicio.

- I) De acuerdo con la hipótesis planteada en esta investigación, que la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de la Persona con Discapacidad no contempla una solución jurídica con respecto a los casos en los cuales una persona con discapacidad tiene sus capacidades cognitivas y volitivas completamente abolidas; es hasta la promulgación de su Reglamento, que dicho sea de paso es de muy reciente creación, que se establece en su artículo 8, lo que pareciera ser la solución jurídica del futuro de estas personas, mediante la instauración de un sistema de apoyos. Estos apoyos serán de acuerdo con las necesidades de las personas con discapacidad y que serán clasificados en apoyo intenso, mediamamente intenso o menos intenso. Pareciera ser entonces, que en el caso planteado en nuestra hipótesis, el sistema de apoyos que se le debe dar a una persona que tiene comprometida su conciencia sería el llamado apoyo intenso, sin embargo, de la lectura de este artículo, se indica que la determinación del apoyo intenso y la forma en que se brinda, siempre tendrá que tener como fundamento la voluntad y preferencias y que para ello se puede recurrir a procedimientos multidimensionales, tales como trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas que la persona hubiese realizado con anticipación a recibir este tipo de apoyo. Claramente estaríamos en el supuesto en que en algún momento la persona no tuvo estas limitaciones, lo que nuevamente nos lleva a razonar que subyacen los casos en los

cuales la persona presente su discapacidad desde su nacimiento y que se desarrolló en los primeros años de su vida. Por lo tanto, continuamos cuestionando este sistema de apoyo, pues será una tarea compleja o casi imposible para la persona juzgadora, llegar a determinar una voluntad, una preferencia o conocer de manifestaciones donde nunca han sido posibles ser expresadas de ninguna manera posible, en razón de tener una discapacidad que lamentablemente se lo impida.

- m) Los procesos de salvaguardias colocan a la persona con discapacidad como eje principal del mismo, lo que conlleva necesariamente a la efectivización del principio pro persona como norma de procedimiento, norma de interpretación y como derecho sustantivo. Se señala en el caso específico que la figura del garante para la igualdad jurídica de la persona con discapacidad, que no sustituye al beneficiario de la misma y tampoco implica una representación legal ni aún en aquellos casos en los que la persona con discapacidad se encuentra en una situación de compromiso del estado de conciencia.

RECOMENDACIONES

Partiendo de la imperiosa necesidad de aplicar de forma sistemática, convencional y protectora la Ley de Autonomía Personal y su Reglamento, así como el entretejido normativo, se proponen algunas recomendaciones por parte de las personas sustentantes, una vez efectuada la investigación, a fin de que las mismas sean guías efectivas de frente al cambio de paradigma de las personas con condiciones de discapacidad.

1. En los procesos en los que intervengan personas con discapacidad, se requiere en las personas juzgadoras en cualquier materia en la que administran justicia, así como de las personas que conformen el equipo interdisciplinario que lo auxilie, el abordaje del caso desde la perspectiva del modelo social y de derechos humanos que nos impone la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento que es absolutamente vinculante para el Estado de Costa Rica. Así, deberá observarse en la motivación de las resoluciones que al efecto se emitan, considerando que dicha norma constituyó el eje principal de su parte dispositiva, enfatizando como punto de partida el reconocimiento de la titularidad de derechos de las personas con discapacidad y que el principio de vida independiente en cada caso concreto, refiere las medidas específicas que deberán adoptarse.

2. Desde el componente estructural de las normas jurídicas en materia de derechos de las personas con discapacidad, corresponde a las personas juzgadoras la efectivización del principio pro persona que conlleve a una promoción para la eliminación de toda forma de discriminación en el ejercicio de los derechos civiles y políticos, específicamente por las personas con discapacidad, debiendo incorporar en la administración de justicia la perspectiva de la discapacidad y para ello resulta importante que la persona juzgadora tome en cuenta los diversos tipos de discapacidad que existen y las necesidades particulares de cada persona.

3. Resulta fundamental que las personas juzgadoras, en todo momento se centren en la persona con discapacidad y no en la discapacidad, reconociéndoles aun en aquellos casos en que la persona requiera un apoyo de mayor intensidad, su derecho a formar parte del proceso y de

la toma de decisiones que impacten en el ejercicio de sus derechos, esto en aras de respetar su autonomía personal, acorde con el principio de vida independiente.

4. Esta situación revela importantes retos que la sociedad costarricense debe plantearse, para procurar que la tutela de los derechos humanos de personas con discapacidad tenga un mayor impacto y goce de una mayor efectividad. Por ejemplo, se estima conveniente hacer un esfuerzo articulado entre políticas educativas y laborales para personas con discapacidad. Las posibilidades de ocupación laboral están estrechamente vinculadas con una mayor cantidad de personas con discapacidad, logrando superar el tercer año de la educación secundaria, su preparación en carreras técnicas de corta duración y su ingreso a la educación superior. En el momento actual, es de suma importancia procurar el acceso real al mundo de oportunidades que brindan instituciones como el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) o las universidades públicas, para educar y formar más cuadros técnicos y profesionales de personas con discapacidad. También resulta necesario la eliminación de formas de discriminación hacia este colectivo que deben ser abordadas integralmente desde el proyecto de ley de empleo público. De particular importancia merece que este proyecto esté atravesando por un enfoque de género y que esté en consonancia con lo establecido en la Ley 7600 de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, en la Ley 8861, Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Ley 9379, Promoción de la Autonomía Personal de Personas con Discapacidad.
5. La persona juzgadora, de frente a la resolución de procesos de salvaguardia, debe priorizar el uso convencional de la normativa focalizada en temas de protección de derechos humanos y enlazarla con el ordenamiento jurídico costarricense, ello con el norte de potencializar los derechos de las personas con discapacidad.

- 6.** Emitir la decisión jurisdiccional en procesos de salvaguardia, respetándose la independencia judicial hasta donde sea posible, apegada a la valoración probatoria, encaminada con un perfil de pericia médica que se ajuste a la pregunta judicial de forma casuística y no general, ello porque cada persona mantiene un contexto diferente de desarrollo de capacidades, enfermedades, conductas, trastornos entre otras situaciones, a fin de hacer explícita una realidad dinámica.
- 7.** Capacitar de forma urgente a las personas juzgadoras en la rama de relaciones familiares; que mantengan a su cargo el trámite de procesos de salvaguardia por medio de la Escuela Judicial, a fin de fomentar la sensibilización, uso de conceptos, norma internacional, aplicación de derechos humanos y contexto nacional, en dichos trámites.
- 8.** Introducir la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de cara a los numerales 7 y 48 de nuestra Constitución Política, mediante control difuso, en población vulnerable como personas menores de edad y mujeres con condiciones de discapacidad, ante los vacíos normativos que mantiene la Ley 9379 y su Reglamento en dichos temas.
- 9.** Utilizar los principios de oralidad, intermediación y concentración de la prueba pericial en casos de salvaguardia con personas con condiciones psiquiátricas, conductuales, compromiso cognoscitivo, entre otras situaciones, hecho que le permitirá a la persona que juzga, comprender de forma más efectiva la realidad en la que se desenvuelve la persona con discapacidad, evitándose con ello limitarse únicamente a una realidad a tenor de los documentos oficiales.
- 10.** Relacionar el Reglamento que la Ley 9379, dentro de los procesos de salvaguardia, ello con el objetivo de mantener un panorama más transparente sobre la conceptualización que se aborda en la Ley de cita.
- 11.** Recomendar a los Despachos Judiciales, por medio de circular emitida por el Consejo Superior del Poder Judicial, la imperiosa necesidad de

resguardar de forma efectiva la revisión de los procesos de salvaguardia en plazos judiciales de menor lapso que el comprendido en la Ley 9379 (cinco años), ello de frente a cambios circunstanciales que pudiesen presentarse a lo largo de la evolución de la persona con discapacidad.

- 12.** Emitir disposición obligatoria de asistir por parte de la persona juzgadora, mediante visita domiciliar a los núcleos familiares, en que se encuentre comprometida de forma cognoscitiva una persona; ello con el objetivo de verificar las condiciones actuales y cambiantes que pueda enfrentar este sector de persona con este tipo de condición de discapacidad.

Las recomendaciones que se plasman, tratan de abarcar de forma paulatina el uso de las normas que resguarda nuestro Estado de Derecho ante el panorama de la discapacidad, ello con claros objetivos de mejora, sensibilización, uso de convencionalidad y protección integral de las personas con condiciones de sensibilidad.

Mantener la vigilancia oportuna de cada una de las aristas que se enlistan, al menos dará un soporte efectivo sobre la exposición y utilización de los principios rectores contenidos bajo un enfoque protector de las personas en estudio, buscándose con ello que tanto el trámite judicial como su decisión final, se apeguen a la evolución constante y certera que se ha obtenido por medio de la investigación que se ha efectuado.

Glosario

Asistente personal: persona mayor de dieciocho años, capacitada para brindarle a la persona con discapacidad, servicios de apoyo en la realización de las actividades de la vida diaria, a cambio de una remuneración.

Capacidad: desde la perspectiva jurídica, es una facultad que viene atribuida al individuo, desde el momento que nace hasta el momento en que muere; sin embargo, este término se desdobra en dos aspectos de suma importancia y relevancia en cuanto a los efectos que produce: “capacidad de goce” y “capacidad de ejercicio”.

Capacidad de goce: aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones.

Capacidad de actuar: Término jurídico utilizado para referirse al atributo con

el que cuentan las personas físicas, en razón de su condición humana, para el ejercicio legítimo de derechos, la adquisición de obligaciones, realizar actos con efectos jurídicos y la atención de sus propios intereses.

Capacidad jurídica: Término jurídico utilizado para indicar que toda persona física, en razón de su condición humana, es titular de derechos y obligaciones.

Derecho a la autonomía personal: derecho de todas las personas con discapacidad a construir su propio proyecto de vida, de manera independiente, controlando, afrontando, tomando y ejecutando sus propias decisiones en los ámbitos público y privado.

Discapacidad: concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con discapacidad y las barreras debidas a la actitud y el entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad: persona mayor de dieciocho años que, para asegurar el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones. Para los casos de personas con discapacidad que se encuentren institucionalizadas en entidades del Estado, el garante podrá ser una persona jurídica.

Igualdad jurídica de las personas con discapacidad: Implica que las personas con discapacidad, en igualdad de condición con los demás y en todas partes, cuentan con personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de actuar, puesto que estas instituciones son indispensables para el ejercicio de la mayoría de derechos humanos y la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad.

Parte procesal: es la persona o personas que interponen la pretensión ante el órgano jurisdiccional (demandante o actor) y la persona o personas frente a las que se interpone (demandado), o dicho de otra manera, quien pide la tutela judicial y frente a quien se pide.

Personas con Discapacidad: incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Personalidad jurídica: Término jurídico por medio del cual se reconoce a todo ser humano como persona ante la ley, en todas partes y por el mero hecho de existir, por ello le corresponde automáticamente los derechos y deberes que la sociedad ha definido para todos sus integrantes.

Principio pro persona (pro homine): es un criterio hermenéutico característico de los derechos humanos que consiste en aplicar el precepto jurídico o la interpretación más favorable, cuando se trate del reconocimiento y goce de derechos, e inversamente, en la aplicación del precepto o interpretación más restrictiva; cuando se intente afectar el acceso o goce de un derecho fundamental, en aras de estar siempre a favor de la persona.

Productos y servicios de apoyo: dispositivos, equipos, instrumentos, tecnologías, *software* y todas aquellas acciones y productos diseñados o disponibles en el mercado para propiciar la autonomía personal de las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

Leyes

Constitución Política de Costa Rica. (07 de noviembre de 1949). Costa Rica.

Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial. Poder Judicial de Costa Rica.

Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, República de Costa Rica.

Ley Impuesto sobre la Renta. Decreto No. 55, Aprobado el 27 de noviembre de 1952. Publicado en La Gaceta No. 300 del 31 de diciembre de 1952.

Ley N° 7600 de "Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad". Fue publicado en el Diario la Gaceta No.102, del 29 de mayo de 1996.

Ley N°8862 Inclusión y Protección Laboral de las Personas con Discapacidad en el Sector Público. Publicada en La Gaceta N° 219 de 11 de noviembre de 2010.

Ley N°9171 Creación de las Comisiones Institucionales sobre Accesibilidad y

Discapacidad (CIAD)

Ley N°9303 "Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad",
26 de mayo de 2015

Ley N° 9379 "Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las personas
con Discapacidad".

Código de la Niñez y Adolescencia, República de Costa Rica.

Ley 5347. (03 de septiembre de 1973). Costa Rica.

Ley 8444-Movilización y uso del transporte. (2018) Disponible en:

(<https://www.nacion.com/el-pais/carros-sin-impuesto-para-discapacitados/TGQZFHJWGFCE5INWVZHNXDNKUI/story>)

Normas Uniformes sobre la Igualdad de oportunidades para las personas con
discapacidad, anexo de la resolución 48/96 de la Asamblea General,
20 de diciembre de 1993

Opinión Consultiva OC-1/82 solicitada por Perú (Corte Interamericana de
Derechos Humanos 24 de septiembre de 1982).

Opinión Consultiva OC-2/82 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24
de septiembre de 1982).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resolución
2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

Reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las

Personas con Discapacidad. (30 de abril de 2018). Costa Rica.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (17 de abril 2008).

Votos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Sentencia del 24 de febrero 2012

CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II

Caso Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica, 29 de julio del año 2011.

Caso Ricardo Baena y otros versus Panamá, párrafo 189 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de febrero de 2001).

Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vr Perú. del 20 de noviembre del 2014.

Corte IDH. Caso. IV vs Bolivia Sentencia del 30 de noviembre del 2016

Caso Masacre Maripán versus Colombia, párrafo 106 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de septiembre de 2005).

Caso Dacosta Cadogán versus Barbados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 49 24 de septiembre de 2009).

Caso Sebastián Furlán y Familiares versus Argentina, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 123 31 de agosto de 2013).

Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el
Desarrollo (CIPD) celebrada en 1994

Votos Sala de lo Constitucional de Costa Rica

Voto 2313-95, 0421-S-90. (Sala de lo Constitucional de Costa Rica 09 de mayo
de 1995).

Votos del Tribunal de Familia

Recurso de Apelación/Proceso de Insania, Voto no.961-05 (Tribunal de Familia
07 de julio de 2005).

Recurso de Apelación/ Proceso de Insania, Voto no. 1773-05 (Tribunal de
Familia 22 de noviembre de 2005).

Recurso de Apelación/ Proceso de Insania, Voto no. 849-2011 (Tribunal de
Familia 05 de julio de 2011).

Recurso de Apelación/ Proceso de Insania, Voto no. 84-11 (Tribunal de Familia
25 de enero de 2011).

Recurso de Apelación/Proceso de Insania, 997-12 (Tribunal de Familia 28 de
noviembre de 2012).

Recurso de Apelación/ Proceso de Insania, Voto no. 1081-2014 (Tribunal de
Familia 03 de diciembre de 2014).

Recurso de Apelación/Proceso de Insania, Voto no. 991-2015 (Tribunal de
Familia 06 de noviembre de 2015).

Recurso de Apelación/Proceso de Insania, Voto no. 933-2016 (Tribunal de Familia 23 de septiembre de 2016).

Proceso de Salvaguardia de la Igualdad Jurídica de la Persona con Discapacidad, 577-2016 (JUZGADO DE FAMILIA. Desamparados. 18 de noviembre de 2016).

Proceso de Insania, 15-000324-0186-FA (Tribunal de Familia, San José Costa Rica 29 de diciembre de 2016).

Recurso de Apelación/Proceso de Insania, Voto no. 1290-2016 (Tribunal de Familia 29 de diciembre de 2016).

RESOLUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Resolución N 11516 del veintiuno de diciembre del dos mil).

Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Resolución N 5551 del once de octubre de mil novecientos noventa y cinco).

Autores.

(Conapdis), C. N. (2018). FICHA DESCRIPTIVA PROGRAMA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMIA PERSONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Costa Rica.

Juan Montero Aroca. Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar. (2001). *El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000*. Valencia: Tirant lo blanch.

Cuenca Gómez, Patricia (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, REDUR .

Marín, G. (2004) Alumnos con necesidades educativas especiales. 1 ed. San José, C.R.: EUNED.

Kemelmajer, A. , Fernández, S.E., Herrera, M, (2015) Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código, LL, 18-8-15).

Martí C, y Venegas R. ME. (2012). PROYECTO DE LEY REFORMA INTEGRAL A LA LEY DE CREACIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE REHABILITACIÓN Y

EDUCACIÓN ESPECIAL, N.º 5347, DE 3 DE SETIEMBRE DE 1973 Y SUS REFORMAS. *EXPEDIENTE N.º 18.547*. Costa Rica.

Manual diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, DSM-IV, MASSON, S,A (1995).

Nación, C. S. (2014). *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*. Mexico D.F.

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

Roig, R. d. (2016). La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidades, educación, derecho y poder. México.

Trejos. G. (1977) Introducción al Derecho de Familia Costarricense, San José, Ediciones Juricentro, 1977, p.197. 170)

Romero, G, (1983) La Curatela en el Derecho de Familia, Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura

ROTONDI (Mario). Instituciones de Derecho Privado, España, Editorial Labor, Primera Edición, 1953, p.595. Citado por ROMERO CALDERON (Germán). LA CURATELA EN EL DERECHO DE FAMILIA. Tesis de Grado para optar al Título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 1983. p.38. 172).

Valladares, L (2000), Los Derechos Sexuales. México

Villalobos, A. R. (5 de mayo de 2015). El Principio Pro persona en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. México.

Expedientes Judiciales

17-000561-1302-FA. Juzgado de Familia II Circuito Judicial de Alajuela sede Upala
18-000135-1517-FA, Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de Alajuela sede Upala.
18-000110-1302-FA. Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de San Carlos.
18-000079-1517-FA. Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de San Carlos.

Dictamen Médico Legal

2017-0000243 expediente judicial 17-00056101302-FA

2018-0000291 expediente judicial 18-0001101302-FA

Expedientes de la Asamblea Legislativa

Asamblea Legislativa, expediente 17 305, Gaceta número 123 del 26 de junio del 2009, informe jurídico. pág. 9).

TESIS

Agüero Álvarez, Alexander, Monge Umanzor, Gonzalo. Justicia pronta y cumplida. La postergación de la ley sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y el problema del transporte público. Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2008, pág. 84).

Infografía

Barnes C. y Mercer G., (2012) *Explorando la discapacidad: una sociológica ...*

Disponible en

<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0268580911427996c14>

de marzo de 2012 ... Barnes , C , Mercer , G , Shakespeare, T (1999)

Explorando la discapacidad: Una introducción sociológica, 1ª

ed. Cambridge: Polity. Google Académico ...

Di Nasso, P. (2010) “Mirada histórica de la discapacidad”, Fundación Cátedra Iberoamericana, Universitat de les Illes Balears, disponible en: www.uib.es/catedra_iberamericana, 2010, pp. 9 y 10.)

Guzmán, F. Toboso, M. y Romañach, J. (2009) Fundamentos éticos para la promoción Potenciación de la autonomía en personas con discapacidad ... - UAH. Disponible en

<http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel4/sesion3/isancho@ugr.es/TCPONENCIAPANEL4ENVIADA.pdf> Palacios (op. cit., p.157): “si nos aproximamos al valor de la autonomía, la simple ... 2010). Esto hizo que no solo se tratara y se tuviera en cuenta la 22. Alfarería. 2. Masculino. 24 marroquinería. 3. Masculino. 20 marroquinería

Fernández, E. (1996) “Desarrollo histórico de la discapacidad, disponible en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/cad_guia_disc_UT1.pdf).

Naciones Unidas. (2006) Convención y el Protocolo Facultativo, disponible en <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>).

Romañach, J y Lobato, M. (2010) "Diversidad Funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano", accedido el 10 de octubre del 2018, Recuperado de <http://www.forovidaindependiente.org/node/45>)

Consejo de Derechos Humanos (2009). (Recuperado de <https://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/costarica>)

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Recuperado de https://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/costarica_2009.)

Olaechea, Belén (2008) "Debilidad, eugenesia y actividad física a principios del siglo XX", en: Memoria Académica, Disponible en www.memoria.fahce.unlp.edu.ar, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata).

Hernández, E. (1996) "Desarrollo histórico de la discapacidad, disponible en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/cad_guia_disc_UT1.pdf).

Joly, E. (2007) "La discapacidad: una construcción social al servicio de la economía", en: <http://www.rumbos.org.ar/discapacidad-una-construccion-social-al-servicio-de-la-economia-clasefacderuba>, 2007.)

UIF, Policy Statement, accedido el 12 de abril del 2018, Recuperado de, <http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/UPIAS/UPIAS.pdf>).

Universidad de Costa Rica (1916) Programa Institucional de Inclusión de
Personas con Discapacidad Cognitiva a la Educación Superior
(Proin). Disponible
en ([https://semanariouniversidad.com/suplementos/derribando-barreras-
situacion-de-empleo-y-trabajo-de-las-personas-con-discapacidad](https://semanariouniversidad.com/suplementos/derribando-barreras-situacion-de-empleo-y-trabajo-de-las-personas-con-discapacidad))

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

Semanario Universidad de Costa Rica
([https://semanariouniversidad.com/suplementos/derribando-barreras-situacion-de-
empleo-y-trabajo-de-las-personas-con-discapacidad](https://semanariouniversidad.com/suplementos/derribando-barreras-situacion-de-empleo-y-trabajo-de-las-personas-con-discapacidad)),

ENTREVISTAS

Shackelford, A. Coordinadora Residente del Sistema de la Organización de las
Naciones Unidas en Costa Rica, en entrevista para el diario elmundo.cr.
Recuperado de ([https://www.elmundo.cr/costa-rica-personas-discapacitadas-
conforman-105-la-poblacion](https://www.elmundo.cr/costa-rica-personas-discapacitadas-conforman-105-la-poblacion))