



UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

DERECHO

Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho

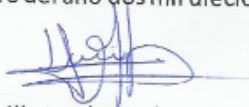
Análisis jurídico de la normativa que regula la figura del garante frente a la garantía de la autonomía de las personas con discapacidad en los procesos de actividad judicial no contenciosa y en la función notarial en Costa Rica, en el año 2017

Priscilla Marín Durán

Octubre, 2017

DECLARACIÓN JURADA

Yo, Priscilla María Marín Durán , mayor de edad, portadora de la cédula de identidad número 1-1177-0497 y egresada de la carrera de Derecho de la Universidad Hispanoamericana, por medio de este acto y debidamente apercibida y entendida de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulado: **Análisis Jurídico de la normativa que regula la figura de garante frente a la garantía de la autonomía de las personas con discapacidad en los procesos de Actividad Judicial no Contenciosa y la función Notarial en Costa Rica en el año 2017**, es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las leyes penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos N.º 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en La Gaceta N.º 226 del 25 de noviembre de 1982; incluido el artículo 70 de dicha ley, que advierte: Artículo 70. Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes pertinentes, siempre que estos no sean tantos y seguidos que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido de que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante notario Público. En fe de lo anterior firmo en la ciudad de Heredia a los nueve días del mes de Enero del año dos mil dieciocho.



Priscilla Marín Durán
Céd. de ident. N.º 1-1177-0497

CARTA DEL TUTOR

San José, de 10 de 2017

Destinatario
Carrera
Universidad Hispanoamericana

Estimado señor:

El estudiante Priscilla Marín Durán, cédula de identidad número 1-1177-0497, me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado Análisis Jurídico de la normativa que regula la figura de garante frente a la garantía de la autonomía de las personas con discapacidad en los procesos de Actividad Judicial no Contenciosa y la función Notarial en Costa Rica en el año 2017, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de Licenciada en Derecho.

En mi calidad de tutor, he verificado que se han hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación; antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos; conclusiones y recomendaciones.

De los resultados obtenidos por el postulante, se obtiene la siguiente calificación:

a)	ORIGINAL DEL TEMA	10%	10%
b)	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20%
c)	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION	30%	30%
d)	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	20%	20%
e)	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEORICO	20%	20%
	TOTAL		100%

En virtud de la calificación obtenida, se avala el traslado al proceso de lectura.

Atentamente,

Nombre 
Cédula Identidad N.... 1546925
Carné Colegio Profesional N.... 15419

CARTA DEL LECTOR

San José, 16 de noviembre de 2017

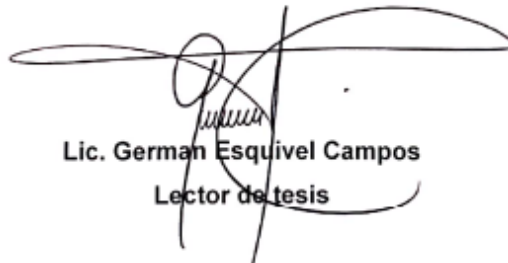
Señores(as)
Universidad Hispanoamericana, Sede Heredia
Facultad de Derecho

Estimados(as) señores(as):

Por este medio, quien suscribe, Lic. German Esquivel Campos, en mi calidad de Lector de la Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulada "**Análisis Jurídico de la normativa que regula la figura de garante frente a la garantía de la autonomía de las personas con discapacidad en los procesos de Actividad Judicial no Contenciosa y la función Notarial en Costa Rica en el año 2017**", realizada por la postulante **Priscila Marín Durán**, me permito indicar que el presente trabajo de graduación se encuentre listo para su defensa, toda vez que de conformidad con las disposiciones reglamentarias y formalidades de la institución, la estudiante anteriormente descrita, ha cumplido puntualmente con los requisitos de forma establecidos para el desarrollo de su Tesis.

Por lo anterior y al encontrarse su trabajo efectivamente finalizado, tanto formal como sustancialmente, la postulante puede proceder con la defensa efectiva del mismo.

Sin otro particular por el momento, se suscribe atentamente,



Lic. German Esquivel Campos
Lector de tesis

CARTA DEL FILÓLOGO

San José, 19 de diciembre de 2017

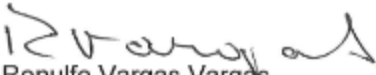
Señores
Universidad Hispanoamericana
Escuela de Derecho.
Sede Heredia.
Heredia

Estimados señores:

En calidad de filólogo debidamente acreditado ante el colegio profesional respectivo, hago constar que la estudiante Priscilla María Marín Durán, cédula de identidad N.º 1-1177-0497, me presentó para revisión filológica su tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, titulada: **Análisis jurídico de la normativa que regula la figura del garante frente a la garantía de la autonomía de las personas con discapacidad en los procesos de actividad judicial no contenciosa y en la función notarial en Costa Rica, en el año 2017**, texto al cual se le hicieron los cambios pertinentes en aspectos ortográficos, de sintaxis, puntuación, estilo, redacción, etc.

Dado lo anterior, doy fe de que dicho documento es apto en su forma para ser presentado a la Universidad como trabajo de graduación.

Atentamente,


Lic. Ronulfo Vargas Vargas
Carné 4838
Colegio de Licenciados y Profesores.

DEDICATORIA

Primero que nada, a Dios, por darme la vida para que pudiera llegar hasta aquí y por ser mi guía durante todo este proceso.

A mi mamá por ser siempre un ejemplo de trabajo y esfuerzo para mí; por apoyarme y darme palabras de aliento y perseverancia cuando las necesité.

A mis ángeles que me ven desde el cielo concluir con esta meta que alguna vez soñaron para mí.

Y, por último pero no menos importante, a mis profesores, compañeros y amigos de carrera, especialmente a Jackie y Alex por estar siempre presentes cuando los necesité. Gracias, amigos.

AGRADECIMIENTOS

A todos los que hicieron posible que este trabajo fuera una realidad; especialmente a Mariana Villareal del CONAPDIS.

A mi profesor de Derecho Notarial Roberto Arguedas por despertar el interés en este tema y al profesor de Derecho Civil Rodrigo Araya, quien siempre ha sido una guía y un ejemplo.

A Carlos Barrantes del Centro de Vida Independiente Morpho, por ser un ejemplo y un luchador por los derechos de las personas en condición de discapacidad.

Por último, pero no menos importante, a mi tutor de tesis, el licenciado Enrique Porras, por asumir el reto.

INDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTOS.....	vi
Introducción	1
Capítulo I: Problema de investigación.....	3
1.1 Planteamiento del problema	3
a. Antecedentes del problema	3
b. Problematización del caso	8
c. Justificación del problema	10
1.2 Formulación del problema.....	12
1.3. Objetivo de la investigación	12
1.3.1 Objetivos generales	12
1.3.2 Objetivos específicos	13
1.4 ALCANCES Y LIMITACIONES.....	13
1.4.1. Alcances	13
1.4.2. Limitaciones	14
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	14
2.1 La Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad como instrumento jurídico que garantiza la autonomía de esas personas	14
2.2 Choque entre normativa costarricense y los derechos conferidos a la persona con discapacidad en la Ley N.º 9379 a la luz de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad.	43
2.2.1 Autonomía personal e igualdad ante la ley.	50
2.3 Proceso de interdicción / Insania	68
2.4. Salvaguardia para la igualdad jurídica.	83
2.5 Actividad judicial no contenciosa y función notarial	93
2.6 Ley N.º 9379 de Garantía de la autonomía	102
2.7 Hipótesis.....	105
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	106
3.1 Tipo de investigación.....	106
3.1.1 Finalidad.....	106

3.1.2 Alcance temporal	107
3.1.3 Marco de la investigación.....	107
3.1.4 Condición en la que se hace la investigación	108
3.2 Carácter de la investigación.....	108
3.2.1 Exploratoria	108
3.2.2 Retrospectiva	109
3.2.3 Correlacional	109
3.2.4 Evolutiva.....	109
3.3 Naturaleza.....	109
3.4 Sujetos y fuentes	110
3.4.1 Sujetos	110
3.5 Fuentes.....	111
3.5.1 Fuentes de primera mano	111
3.5.2 Fuentes de segunda mano	111
3.5.3 Fuentes de tercera mano	111
3.5.4 Fuentes menores.....	112
3.5.5 Fuentes mayores.....	112
3.6 Técnicas e Instrumentos para recolectar información	112
3.6.1 Entrevistas	112
3.7 Análisis de contenido	113
CAPÍTULO IV ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS	114
4.1 Examinar y comparar el nuevo proceso de salvaguardia con respecto al derogado proceso de insania que contemplaba la Ley N.º 7130 - Código Procesal Civil y la figura de la curatela contemplada en el numeral 230 del Código de Familia.	117
4.2 Examinar la figura del garante como fiscalizador para la autonomía de las personas con discapacidad.....	118
4.3 Analizar la Ley N.º 9379 en cuanto al ejercicio de la función notarial.	120
4.4 Evidenciar el cambio de paradigma planteado por la Ley N.º 9379	122
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	130

Introducción

El presente estudio es un análisis de la normativa que regula la figura del garante frente al aseguramiento de la autonomía de las personas con discapacidad en los procesos de actividad judicial no contenciosa y en la función notarial, a partir de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la entrada en vigor de la Ley N.º 9379 de agosto de 2016. De ahí que se hace necesario evaluar la normativa relacionada con la declaratoria de interdicción e insania que seguía el ordenamiento jurídico costarricense, y el nuevo proceso de salvaguardia. Posteriormente se profundizará en las disposiciones de la Convención, que vienen a normar la autonomía de las personas con discapacidad; así como en el alcance que tiene esta Convención en cuanto al Derecho, la normativa costarricense y la promulgación de la Ley N.º 9379 en lo que respecta a la figura del garante, como herramientas que aseguran la autonomía de las personas con discapacidad, incluidas las discapacidades mental, intelectual y sensorial. Además, se finalizará con la confrontación entre la Ley N.º 9379 y la Convención, en lo que respecta a su aplicación en la función notarial.

Por otro lado, se analizará la situación que existe entre la garantía del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad de manera plena, en virtud de los mandatos internacionales, y la normativa costarricense; frente a los reglamentos y articulados sobre la actividad judicial no contenciosa y la función notarial. Por ello

se analizará la materia de actividad judicial no contenciosa, particularmente las diligencias de insania en Costa Rica, la Ley N.º 9379 y la ratificación de la Convención como mandato internacional.

La inclusión de las personas con discapacidad en la vida social y legal de la sociedad costarricense es cada vez más necesaria. Por ello, con ratificar la Convención y promulgar la Ley N.º 9379 se alcanza un cambio radical en cuanto a la visualización de las personas con discapacidad en el marco jurídico-social costarricense.

Capítulo I: Problema de investigación

1.1 Planteamiento del problema

a. Antecedentes del problema

Por muchos años las personas con discapacidad han sufrido de muchos estigmas sociales y tratos discriminatorios en los diferentes ámbitos de su vida. Según datos de la ONU, más de 650 millones de personas en el mundo tienen algún impedimento físico, mental, psicosocial o sensorial, y alrededor de 80% viven en países en condición de pobreza, de acuerdo con los alcances del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (Organización Naciones Unidas (ONU)).

Algunos datos sobre las personas con discapacidad, párrafo 1), son:

En los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE): Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía, los estudiantes con discapacidad siguen estando sub-representados en la enseñanza superior, pese a que su número va en aumento, según la OCDE.

Por lo tanto, se estima que unos 386 millones de personas en condición de trabajar son discapacitadas; esto de acuerdo con datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El desempleo alcanza hasta 80% en algunos países, ya que a menudo los empleadores suponen que las personas con discapacidad no pueden trabajar.

La abogada costarricense Catalina Devandas Aguilar, especialista en temas de discapacidad e inclusión de la población con discapacidad, ha realizado estudios sobre este último derecho; tanto en la toma de decisiones como en la participación en la vida política y pública, o en el derecho a ejercer cargos públicos. Ella afirma que “la participación es un principio fundamental de derechos humanos y una condición básica de las sociedades democráticas”. La participación se ha catalogado como principio y derecho humano en otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Devandas, 2016, 31° periodo de sesiones, informe de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, pág. 5).

Por lo tanto, la sociedad ha ido evolucionando con respecto a la inclusión de las personas con discapacidad en los diferentes procesos judiciales y en las diferentes estructuras sociales; ya que en los ordenamientos jurídicos se han adoptado diferentes leyes para dar apoyo y asegurar sus derechos. Ciertamente, la sociedad costarricense no ha sido educada desde el punto de vista de la inclusión, partiendo de que en la mayoría de las escuelas o centros de educación

pública no se cuenta con el material ni con los profesionales adecuados para facilitar la educación de personas con discapacidad, lo que explica el poco acceso a la educación que tienen estas personas, una de las causas de pobreza en el país.

Costa Rica forma parte y ha ratificado las distintas convenciones de las Naciones Unidas, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad. Además, ha promulgado leyes especiales para la población con necesidades especiales, como la Ley de Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad, N.º 7600; la N.º 9303, la N.º 9379, etc., con el objetivo de garantizar y asegurar el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con respecto a otros sujetos de derecho.

Por otro lado, en el año 2002 se inició el proceso de confección del texto de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, Ley N.º 8661, la cual tiene por objeto promover, proteger y asegurar el goce pleno y la condición de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad. En su confección participaron representantes de organizaciones de personas con discapacidad y organizaciones no gubernamentales relacionadas con el tema. (Asamblea Legislativa, Reseña Histórica de la Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, pág. 04)

El 14 de noviembre de 2007 se procedió a la entrega de una copia del texto al Departamento de Archivo de la Asamblea Legislativa. Mediante el oficio DM-390-07El del 10 de diciembre de 2007, el ministro de Relaciones Exteriores y Culto, a solicitud de la presidenta de la Comisión de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, envió el texto certificado del Protocolo Facultativo de la Convención, con sus respectivas copias. El 18 de diciembre de 2007 la Imprenta Nacional publicó el texto de la Convención sin su Protocolo Facultativo en el Alcance 37 a La Gaceta N.º 243 del 18 de diciembre de 2007.

Finalmente, el 19 de agosto del 2008 fue remitido el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, junto con su Protocolo Facultativo, al Ministerio de la Presidencia, para que fuera firmado como ley de la República, y se publicó en La Gaceta el 29 de setiembre de 2008. (Clara Zárate Sánchez, Mario Rivera y Guiselle Zumbado Oporto, Asamblea Legislativa, Reseña Histórica de la Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, Ley N.º 8661)

De acuerdo con la reseña histórica realizada por funcionarios de la Asamblea Legislativa, en virtud de la ratificación de la Convención y su Protocolo Facultativo, Costa Rica, como Estado parte de dicha Convención, Costa Rica se comprometió a emitir leyes que fomenten la participación de las personas con discapacidad y a que estas personas sean tratadas de manera igualitaria con respecto a otras. De ahí surge la iniciativa de presentar el proyecto de ley expediente N.º 17.305), tal y

como se analiza en esta tesis, que sería posteriormente la Ley N.º 9379. El trámite de este proyecto se inició en el año 2009 con el objetivo de promover, proteger y asegurar la autonomía de las personas con discapacidad que se encuentren domiciliadas en el territorio nacional, ya que de otra manera se estarían violentando los derechos fundamentales de esas personas y faltando al compromiso del Estado costarricense de garantizar un trato igualitario para dicha población.

La Ley N.º 9379, que entró en vigor el 30 de agosto del 2016, pone a Costa Rica como país pionero en la eliminación de la figura de insania y curatela, para garantizar a las personas con discapacidad una autonomía plena e igualitaria en los diferentes ámbitos de la vida: social, jurídico, laboral, personal, etc. En esta ley se establecen tres figuras importantes para garantizar la autonomía de las personas con discapacidad, la figura del garante, la del asistente personal y la de salvaguardia; las cuales constituyen un soporte para que la persona con discapacidad pueda ejercer su autonomía de manera plena e incorporarse a la vida jurídica.

El Estado costarricense impulsa una serie de reformas a la normativa del Derecho Procesal Civil y del Derecho de Familia, a partir de la designación de curador y de la actividad judicial no contenciosa, como son las diligencias de insania. Por tanto, es necesario revisar esta normativa y efectuar los cambios que esta requiera, en especial en cuanto a la representación de las personas con discapacidad.

b. Problematicación del caso

El presente estudio corresponde a una evaluación de la garantía que constituye la Ley N.º 9379 para la persona con discapacidad en sede notarial, ya sea para ejercer dicha profesión o para acudir a la actividad judicial no contenciosa, de lo que surge la siguiente pregunta: ¿Contempla la Ley N.º 9379 la función notarial como parte de la autonomía de las personas con discapacidad?

Por otro lado, se revisa la función de las figuras del garante y la salvaguardia contempladas en la Ley N.º 9379, como herramientas que garantizan la igualdad de trato para todas las personas con discapacidad. Por tanto, cabe preguntarse, ¿podrían estas figuras constituir inseguridad jurídica?

Además, el Código Notarial, en su artículo 4, establece que no podrán ser notarios/as aquellas personas que tengan algún impedimento físico o mental. Es importante analizar este articulado en particular, ya que a la vista de su literalidad no existe la posibilidad de que una persona con discapacidad ejerza el notariado en virtud de la prohibición del artículo en mención, de manera que la persona debe someterse a exámenes médicos a fin de probar su idoneidad para fungir como notaria. ¿Podría un ciego, sordo, mudo o con algún otro tipo de discapacidad ser notario/a? ¿Qué garantía ofrece para esto la igualdad de trato establecida en la Ley N.º 9379 ante los impedimentos contemplados en el Código Notarial?

Entre tanto, la Ley N.º 9379 se refiere a la autonomía de las personas con discapacidad y a su potestad para autodeterminarse. Esta ley busca que el

ordenamiento jurídico costarricense les ofrezca, a las personas con discapacidad, una serie de herramientas para que puedan tener un estilo de vida en igualdad de condiciones con respecto a otros sujetos de derecho; ello al asumirse los derechos y obligaciones que esa autonomía les proporciona en los diferentes ámbitos de su vida. Es así como cabe preguntarse: ¿Cómo se concibe el término autonomía desde el punto de vista jurídico? ¿Cumple la Ley N.º 9379 con la función de garantizar la autonomía de las personas con discapacidad de manera plena?

En virtud de lo que se ha venido analizando es necesario entender la figura de la curatela. El curador era una persona que cuidaba de los bienes y derechos de una persona declarada -en sentencia- como incapaz o en estado de interdicción. Para tener acceso a esa sentencia el curador tenía que recurrir a un proceso civil, para que fuese el juez quien lo declarara curador, y poder así representar y proteger los derechos de la persona mayor de edad. ¿Podría plantear el garante un cambio de nombre de la figura de la curatela, o esta figura concede una real autonomía a las personas con discapacidad?

Además, de conformidad con la Ley N.º 9379, la salvaguardia se constituye en una serie de instrumentos jurídicos que ofrece el ordenamiento jurídico costarricense para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica, para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones respecto de otros. Entonces, ¿cuál sería la diferencia entre la salvaguardia y la declaración de interdicción/insania? ¿Qué beneficio le trae a la persona con discapacidad?

c. Justificación del problema

Esta investigación es muy importante ya que viene a fortalecer derechos de muchas personas con discapacidad, tema muy actual en Costa Rica en virtud de la ratificación de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y la entrada en vigor de la Ley N.º9379.

En la Ley N.º 9379 la figura del garante y las salvaguardias son necesarias, ya que la aprobación de esta ley es producto del compromiso del Estado costarricense en virtud de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad. Esto porque viene a fortalecer, en principio, los derechos de una población que durante muchos años se ha considerado vulnerable, es decir, los de las personas con discapacidad. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), por primera vez existe un instrumento internacional jurídicamente vinculante que garantiza que los Estados que lo han ratificado fomentarán y protegerán los derechos de esas personas, al agregar a su ordenamiento jurídico leyes que fomenten y garanticen la autonomía de esta población de manera plena.

Por lo tanto, esta ley es novedosa ya que viene a cambiar el concepto de curador, cargo bajo el cual una persona se constituía en poseedor registral de los bienes de la persona “incapaz”. También se reforman diferentes institutos legales del ordenamiento jurídico costarricense, como el Código Procesal Civil (Ley N.º 7130),

el Código de Familia (Ley N.º 5476) y se crean en su lugar las figuras del garante y el proceso de salvaguardia. Por ello es de suma importancia verificar si la figura del garante permite ese aseguramiento de dicha autonomía de la población con alguna discapacidad. Se busca comprobar que no sea únicamente un cambio de nombre, para así poder cumplir con el compromiso de ratificar la Convención. Tales cambios han permitido visualizar nuevos paradigmas y nuevos institutos jurídicos, que vienen a cambiar el enfoque y la concepción que tienen las personas con discapacidad del Derecho Civil, del Notarial y de la familia costarricense.

Así, se plantea un enfoque hacia la actividad procesal no contenciosa en razón de la eliminación de las diligencias de insania y la función notarial como tal, con el fin de evidenciar cómo la Ley N.º 9379 beneficia a las personas con discapacidad al procurarles un trato igualitario.

De esta manera se ponen en duda la eficacia del Reglamento de tramitación notarial de procesos en actividad judicial no contenciosa y los impedimentos para ser notario.

Los resultados de este estudio beneficiarán a las personas con discapacidad que quieran hacer uso de estos procesos o ejercer dicha profesión. Además, beneficiarán el ejercicio del Derecho Civil y el Notarial costarricenses, ya que van a constituir un aporte para la emisión de reglamentos y para la tramitología en los procesos de actividad judicial no contenciosa. Ello porque esa reglamentación

permitirá mayor celeridad y ayudará a reducir la mora judicial. Por ejemplo, se espera agilizar en los tribunales los expedientes que puedan tramitarse por medio de procesos de actividad judicial no contenciosa.

1.2 Formulación del problema

Como problema se plantea la necesidad de aplicar la Ley N.º 9379 frente a la garantía de autonomía plena en procesos de actividad judicial no contenciosa, o del ejercicio de la función notarial en Costa Rica en el año 2017. En suma, se procura determinar cómo cambia la Ley N.º 9379 la actividad judicial no contenciosa en cuanto a las diligencias de insania y a la función notarial.

1.3. Objetivo de la investigación

1.3.1 Objetivos generales

Analizar la Ley para la promoción de la autonomía de la persona con discapacidad en procesos de actividad judicial no contenciosa, particularmente las diligencias de insania y las de la función notarial.

1.3.2 Objetivos específicos

1. Examinar y comparar el nuevo proceso de salvaguardia con respecto al derogado proceso de insania que contemplaba la Ley N.º 7130, el Código Procesal Civil y la figura de la curatela contemplada en el numeral 230 del Código de Familia.
2. Examinar la figura del garante como fiscalizador de la autonomía de la personas con discapacidad.
3. Analizar la Ley N.º 9379 en cuanto al ejercicio de la función notarial.
4. Evidenciar el cambio de paradigma planteado en la Ley N.º 9379.

1.4 ALCANCES Y LIMITACIONES

1.4.1. Alcances

El objetivo de esta investigación es facilitar la comprensión y aplicación de la Ley N.º 9379 para garantizar la autonomía de las personas con discapacidad de manera plena.

Por otro lado, se procura fomentar el entendimiento de la Ley N.º 9379 con respecto a la salvaguardia y a la figura del garante, para con ello concienciar acerca de la determinación de las personas con discapacidad con respecto a sus derechos patrimoniales y civiles.

Entre tanto, se propone un cambio en la cultura costarricense en lo que respecta a la utilización de medios de comunicación idóneos para fomentar la autonomía de las personas con discapacidad.

Por último, se espera evidenciar lagunas en la aplicación de la Ley N.º 9379.

1.4.2. Limitaciones

La promulgación de la Ley N.º 9379 es muy reciente, por lo que no existen suficientes sentencias en el país como para analizar o comparar los resultados de la aplicación de esta ley.

Hay escasez de jurisprudencia nacional relacionada con dicha ley en cuanto a la figura del garante o salvaguardia.

Falta conciencia en la población acerca de los derechos de las personas en condición de discapacidad.

Existen posiciones contrapuestas jurisdiccionalmente relativas a la aplicación de la ley y al cambio de paradigma.

Hay carencia de estadísticas relacionadas con el ejercicio de la función notarial por parte de personas con discapacidad.

Prevalece el modelo médico-rehabilitador.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 La Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad como instrumento jurídico que garantiza la autonomía de la persona con discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre del 2006, y entró en vigencia el 03 de mayo del 2008. En Costa Rica fue publicada por medio del Decreto Ejecutivo N.º 34780 del 29 de setiembre del 2008, y se convirtió en Ley de la República bajo el número de ley 8661. Fue publicada en La Gaceta N.º 187 del 29 de setiembre del 2008.

Siguiendo la misma línea, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 4, inciso 4, se basa en la participación activa de las personas con limitaciones funcionales en la toma de decisiones, en los ámbitos público y privado, en todos los asuntos que les conciernen como parte de la sociedad.

Por esas razones, en el año 2008 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se constituye en el primer instrumento jurídico que obliga a los Estados, que la han ratificado, a garantizar un trato igualitario a las personas con discapacidad. Muchas son las barreras que sufre una persona con discapacidad a lo largo de su vida en razón de sus necesidades, ya sea en cuanto a educación, a uso de infraestructura, a medios de comunicación, a su participación en la vida jurídica, entre otros aspectos que la Convención viene a fortalecer. Por otro lado, en la Convención se reconoce la importancia de las contribuciones que hagan o puedan hacer las personas con discapacidad en el pleno goce de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales, como parte de una sociedad inclusiva que promueva el respeto a la dignidad inherente a

la persona y a su derecho de autodeterminarse (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2007)

El Dr. Martín Fresneda, en el seminario “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: debates y reflexiones”, realizado en Buenos Aires el 2 de noviembre de 2012, recalca que en el artículo 12 de la Convención se reafirma el derecho de las personas con discapacidad a que se les reconozca su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de su vida. En este sentido, la Secretaría de Derechos Humanos trabaja intensamente para que todas las personas tengan derechos en igualdad de condiciones. Por su parte, indica Fresneda que las convenciones, los pactos y las declaraciones pierden su sentido si se mantienen las mismas prácticas, sin cambios estructurales.

Jorge Ballesteros Quesada, vicepresidente del Bureau del Comité Ad Hoc de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, en representación del Grupo de América Latina y el Caribe, 2002, en su presentación “reseteando el disco duro”, menciona que para garantizar un efectivo cambio y la aplicación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad se debe resetear el disco duro de los abogados y aplicadores de la Ley, a partir del nuevo paradigma social de la discapacidad. En especial, se debe formatear el disco duro de los estudiantes de Derecho, para que la discusión se dé al inicio y en términos de implementación de la Convención y no al final, cuando ya han incorporado en su haber intelectual figuras obsoletas y la discusión gira en torno a la validez de tales figuras, como

eran la insania, la curatela, la interdicción, la protección de los derechos de las personas con discapacidad de ellos mismos, entre otros. Advierte Ballesteros que así no podrá cambiar nada, ya que desde el modelo médico de la discapacidad como enfermedad esta no se cura. Cuando se habla de personas con discapacidad psicosocial existe toda una serie de prejuicios que es importante identificar para superarlos. Por eso se hace necesario “resetear el disco duro” (Ballesteros, 2002).

Ballesteros Quesada relata su experiencia durante la negociación del artículo 12 de la Convención, el cual se refiere al término “legal capacity”, que se tradujo oficialmente como “capacidad jurídica”, no como “capacidad legal”. Menciona Ballesteros que, en principio, “capacidad jurídica” es un término que resultaba fácil de aceptar en América Latina, porque todos los ordenamientos latinoamericanos establecen que todas las personas gozan de “personalidad jurídica”. Personalidad jurídica es el reconocimiento de que somos personas y a toda persona, por el simple hecho de serlo, hay que reconocerle la personalidad jurídica. Esto, de acuerdo con Ballesteros, luego se traduce en una aptitud para tener obligaciones y derechos, que representa la capacidad jurídica que puede manifestarse después en capacidad de obrar; es decir, *per se*. Ante mí mismo y por mí mismo yo ejerzo mis derechos. Los menores de edad no pueden casarse, no pueden votar, no pueden ejercer su capacidad jurídica; aunque nadie niegue que tengan tal capacidad. Sí pueden ser dueños aunque no tengan capacidad de actuar; pero no pueden ejercer sus derechos de propiedad directamente sino hasta que cumplan

con ciertas condiciones. Por ende, estima Ballesteros, la situación jurídica de los menores también corresponde a personas con discapacidad, porque ese era el paradigma que se tenía antes, cuando se trataba a los adultos con discapacidad como si fueran menores de edad.

Menciona Ballesteros que aceptar el artículo 12, tal como quedó, significó aceptar también que nuestra legislación nacional era violatoria de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Por ese motivo realizó el siguiente análisis del articulado:

“El primer inciso del artículo 12 dice: “Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. es decir, es un reconocimiento. El otro reconocimiento es que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

El inciso 2 dice: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”. Es decir, que ya no solo son personas, sino que, además, van a ser titulares de derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con todas las personas. El artículo 12 en Costa Rica estará por encima de la ley y según la Sala Constitucional toda norma de Derecho Internacional de Derechos Humanos tiene rango incluso supraconstitucional, lo que significa una reforma fundamental del ordenamiento jurídico. El inciso 1) del artículo 12 de la convención habla de la reafirmación del reconocimiento de la personalidad jurídica; el segundo habla del reconocimiento de la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida; el tercero

habla de medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de esa capacidad jurídica, las barreras son fáciles de eliminar, podemos aplicar el artículo 12; pero para hacerlo se requiere verdadero convencimiento con respecto al cambio de paradigma. Así mismo; continúa diciendo, que el paradigma anterior enfatizaba en la deficiencia, no en la persona. Sin embargo, durante la negociación de la Convención, se enfatizó que hay que hacer énfasis en la persona y no en la deficiencia, utilizando la doctrina del modelo social de la discapacidad, según la cual, la discapacidad resulta de la interacción entre una deficiencia y la forma como la sociedad reaccione frente a tal deficiencia. Por lo tanto, no es lo mismo tener una deficiencia que tener una discapacidad; de allí que las barreras son invisibles, pero están allí, amparadas incluso en textos legales en los que de manera simplista se consagra una dicotomía absolutista que diferencia entre “incapaz” o “capaz”. Concluye que la dicotomía “capaz” o “incapaz” es inaceptable en el siglo XXI” (Ballesteros, 2002).

Por su parte, Bariffi (2014) menciona que existe, sin duda, un profundo mensaje en la convención y es que las personas con discapacidad no son objetos de cuidado sino “sujetos” que gozan de derechos humanos en igualdad de condiciones con respecto a los demás. (p. 14)

En Costa Rica los diferentes procesos judiciales de “interdicción” y el nombramiento del curador se basan en las limitaciones funcionales de las personas con discapacidad. Es imperativo analizar estos procesos bajo la norma que engloba y que ratifica la inclusión de manera plena, como la Convención

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, ligada a la Ley N.º 9379 (Ley de la Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad, publicada el 30 de agosto del 2016).

Concepto de discapacidad

La Union of the Physically Impaired Against Segregation (UPIAS) establece el concepto de discapacidad como una restricción causada por distracciones sociales o inversiones, que toma poco o nada en cuenta a las personas que tienen algún tipo de discapacidad; y las fuerza a ser un grupo de personas segregadas por su condición. La Organización Mundial de la Salud menciona que la discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las cuales son limitaciones para realizar determinadas acciones.

Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, del año 2007, establece que la discapacidad se concibe como cualquier deficiencia física, mental, intelectual o sensorial en el largo plazo y como las barreras debidas a la actitud y el entorno que limiten, sustancialmente, una o más de las actividades principales de un individuo, y que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad.

Agustina Palacio, en su libro **El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los**

Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, hace referencia a tres modelos de discapacidad que vienen delimitados a través de la historia y que se hace necesario mencionar para la realización de esta tesis:

- Modelo de prescindencia
- Modelo rehabilitador
- Modelo social

En estos modelos se plasma la evolución histórica de la concepción de la discapacidad en las diferentes sociedades del mundo, y se demuestra cómo se han ido eliminando barreras para el desarrollo y el convivio de las personas con discapacidad.

Para lograr entender el concepto de discapacidad es necesario determinar quiénes son persona. Utilizando el concepto del diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de la Torre, persona es un ser humano capaz de adquirir derechos y obligaciones, de ser sujeto de derecho. Aquella que presta su nombre o pone su firma para facilitar un acto o contrato. Con este concepto se puede entender cómo se han ido valorizando los términos persona y capacidad conforme a los diferentes modelos de discapacidad.

En el modelo de prescindencia, Palacios supone que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, por el que las personas con discapacidad se consideran innecesarias por diferentes razones. Por ejemplo porque consideran que no contribuyen a satisfacer las necesidades de la comunidad; porque albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses; o porque, por lo desgraciadas que son sus vidas no merecen ser vividas. Como consecuencia de estas actitudes o situaciones, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea siguiendo políticas eugenésicas, o porque las sitúan en espacios destinados para los anormales y las clases pobres, con un denominador común marcado por la dependencia y el sometimiento, y así son tratadas como merecedoras de caridad y necesitadas de asistencia. (Palacios-2008)

De acuerdo con Palacios, en la antigüedad clásica se aplicaban políticas eugenésicas para así evitar que sus ciudadanos fueran deformes. Además, el concepto de persona no tenía la misma concepción que tiene hoy en día, y por ello las personas con discapacidad no eran siquiera consideradas como seres humanos. Los niños con alguna discapacidad terminaban en el infanticidio, ya que eran considerados como propiedad de los padres o de la comunidad, es decir, de quienes debían convertirse en ciudadanos y guerreros para promover una raza fuerte y pura, que pudiese cumplir con los ideales políticos y militares de la época. Lo anterior sin dejar de mencionar que la cultura griega perpetuaba los cultos a la salud y a la belleza, ya que sus dioses eran modelos y por ello los filósofos griegos

se inclinaban por evitar nacimientos de niños con discapacidades o deformes. Bajo este modelo se veía a la persona con discapacidad, más que como persona como un objeto. (Palacios, 2008). Bajo este modelo se marginaba a las personas con deficiencias funcionales. En la Edad Media, en razón de la situación económica y de las crisis que sufrían, se prohibió el infanticidio, se instauró el esclavismo y los niños que eran abandonados serían esclavos de quienes los encontraban. Se creía que quien tenía una deficiencia multifuncional poseía poderes o eran enviados del demonio. Se instauró la mendicidad y muchos de los que sufrían alguna discapacidad se dedicaban a ser bufones o payasos, y eran considerados motivo de burla y de diversión para otros. Con el advenimiento del cristianismo se reprobaba la muerte de niños con alguna discapacidad, ya que ahora estos se consideraban hijos inocentes de Dios que merecían la caridad ajena; de aquí que la mendicidad se volvía indispensable y de esa manera los ricos proveían para los pobres. Bajo este modelo se hace una más baja valorización de las personas con discapacidad, que eran consideradas como personas necesitadas, pobres, como una carga (Palacios, 2008).

Según Mariana Villareal y Ericka Álvarez, en su tesis **Análisis de la curatela y la capacidad de actuar de las personas con discapacidad en Costa Rica a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** (2010), a pesar de que este modelo era aplicable a épocas históricas, no se puede dejar de lado que en algunos sectores de la sociedad actualmente prevalecen algunas prácticas y creencias que afectan la vida de personas con discapacidad.

Esto porque son objeto de burlas y palabras ofensivas o discriminatorias como las relativas fetos o a malformaciones congénitas. Otras reacciones incluyen tratar de disimular alguna discapacidad mental o psicosocial de algún miembro familiar frente al resto de la sociedad, o la aceptación de dar limosna a una persona con discapacidad frente a otra sin discapacidad. Aún hoy prevalece esa desvalorización de la persona con discapacidad, al verla como un ser digno de lástima y compasión. Todas estas acciones representan el desprecio que sufren las personas con discapacidad y evidencian la prescindencia de estas personas en la participación comunal (p. 69-71).

El segundo modelo, de acuerdo con Agustina Palacios, es el modelo rehabilitador. Bajo este modelo se considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas sino científicas (derivadas en las limitaciones individuales de las personas). La persona con discapacidad ya no es considerada inútil o innecesaria, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas. Es por ello que el fin primordial que persigue este modelo es normalizar la situación de las personas con discapacidad; aunque ello implique forzar a la desaparición o al ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. Lo que se persigue desde el punto de vista de este modelo es que pueda arreglarse o mejorarse, para que pueda aportar a la comunidad y buscar que las personas con discapacidad sean rehabilitadas. De esta manera ya no hay una concepción o creencia religiosa en este modelo, sino más bien una concepción médica, al entenderse su discapacidad como una enfermedad (p. 66).

Bajo este modelo se desarrolla la figura de “comprensión e integración social”, por lo que aparece el empleo protegido, que eran trabajos pensados para las personas con discapacidad. Los que no pudieran emplearse quedaban destinados a la burla y para la diversión de los demás. Se da la subestimación de las personas con discapacidad y es por ello que siguen viéndose como seres objeto de burlas, y estas como única opción para ganarse la vida por su discapacidad (Soto, 2016). Es a partir del siglo XX cuando surge una nueva manera de abordar la discapacidad, después de la Primera Guerra Mundial. Esto porque muchos resultaron gravemente heridos a tal punto de que se les llamo mutilados de guerra para poder diferenciarlos de las personas con discapacidad, y diferenciarlos de los que habían perdido sus capacidades en la guerra y los que no. La guerra fue causa de destrucción y debilitamiento, y es cuando nace el objetivo de volver las cosas a su estado anterior. La institucionalización es considerada la herramienta del modelo rehabilitador, con la que se buscaba la reintegración de la persona con discapacidad. Se buscan la cura y la igualdad con personas válidas o capaces, pensando más bien en la imitación de los conceptos y considerando que lo defectuoso sigue a lo estándar como modelo. Esto para ser consecuentes con la promesa de restaurar a la persona y que esta viva una vida normal, por cuanto pareciera que el modelo rehabilitador obliga a las personas con discapacidad a ser iguales que las demás. (Soto, 2016, p.95).

Así mismo, indica Villareal-Álvarez que la sociedad arrastra aún hoy parte de estos modelos, y prácticamente se impone un ideal de normalidad en el que todos y todas tienen que encajar; en estándares de condiciones económicas, relaciones interpersonales, formas de expresión conforme a la cultura dominante, etc. Estos también son impuestos a la población con discapacidad o, al no ser alcanzados por ellas, eso representa cierto grado de marginación y discriminación para aquellas personas con discapacidad (p.66-67).

En este modelo la normalización de la persona tiene un impacto muy importante, porque lejos de alcanzarse igualdad para las personas con discapacidad se les impone un estándar de perfección, casi que imposible de alcanzar, inclusive para una persona sin discapacidad, por lo que la desvalorización y la desigualdad de la persona discapacitada continúa.

Por último, de acuerdo con la clasificación de Palacios, el denominado modelo social es aquel en el cual se considera que las causas originarias de la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales. Se parte de que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad aun así, y en igual medida que el resto de personas sin discapacidad, pero siempre desde la valorización y el respeto a la diferencia. Este modelo toma en cuenta valores de derechos humanos para propiciar la inclusión de esta población, para potenciar el respeto por la dignidad humana y la libertad personal. Se propicia así la inclusión social y se sienta la base de principios de vida

independientes, no discriminatorios. Este modelo parte de la premisa de que la discapacidad es, en parte, una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Este modelo parte de que la vida de una persona con discapacidad tiene la misma valía que una persona sin discapacidad, y que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar, pero que su contribución se ve limitada a la inclusión y a la aceptación de las diferencias que esta persona representa. Así mismo, plantea rescatar las capacidades en vez de centrarse en las discapacidades (p. 105).

Este último modelo ha sido una consecuencia de una larga lucha, planteada por las propias personas con discapacidad, que tuvo frutos en muchos ámbitos. Son la accesibilidad, la educación, el trabajo, la igualdad de oportunidades, la inclusión de políticas de inclusión y leyes en materia de discapacidad las únicas maneras de inclusión dentro de la sociedad (Palacios, 2008).

De acuerdo con Palacios, el nacimiento del modelo social de la discapacidad se puede situar en los años sesenta en los Estados Unidos de América e Inglaterra, cuando se empieza a ver a las personas con discapacidad como sujetos de derecho en igualdad de condición que los demás. Así mismo, Shapiro (1994), en su artículo *No Pity: People with disabilities forging a new civil rights movement*, hace alusión a que en América del Norte la historia se inicia con un joven llamado Ed Roberts, quien luchó por un trato igualitario en cuanto a lo académico. Esto porque a causa de un respirador que utilizaba se le restringía el acceso a ciertos

recintos de la sede universitaria. Sin embargo, gracias a su lucha se logró que otras personas con movilidad reducida fueran admitidas en la Universidad de Berkeley, California (p. 41).

Es con este modelo que nace la filosofía de “vida independiente”, la cual surgió en las universidades americanas. La idea era que la persona pudiera ser autónoma utilizando apoyos que le dieran calidad de vida, para de esta manera reducir la discriminación y aumentar la inclusión en la sociedad. Según Palacios (1976) se crea la organización más destacada de vida independiente, la Unión de Personas con Discapacidad Física contra la Segregación (UPIAS, por sus siglas en inglés). Se aportó un abordaje holístico a la temática de la discapacidad, al desarrollar la idea de que la integración social no se logra solo gracias al trabajo, sino también al garantizar y fomentar el acceso a todos los ámbitos de la vida en sociedad: educación, salud, cultura, política ocio, etc. Y este conjunto de corrientes sociales es el que se entiende como el modelo social de la discapacidad (p.118-124).

Para la licenciada Susana Solis Castro, funcionaria del Centro de vida Independiente Morpho, el principio filosófico de vida independiente propicia que las personas con discapacidad asuman el control de su propio proyecto de vida y la toma de decisiones promueve el ejercicio legítimo de la autonomía y de la determinación como derechos fundamentales. Esto se logra por medio de servicios de apoyo instaurados en la Ley N.º 9379, como son la salvaguardia para la igualdad jurídica y la garantía de la igualdad jurídica, figuras que se desarrollarán más adelante en esta investigación.

Luis Fernando Astorga Gatjens, en su documento “Por un mundo accesible e inclusivo: Guía básica para comprender y utilizar mejor la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad“, menciona que el “problema” de la discapacidad está localizado en el entorno socio-cultural y físico, y se deriva de la falta de conciencia del Estado y de la sociedad de la diferencia que representa la discapacidad. Aquí la discapacidad es caracterizada como un producto social que resulta de la interacción de las personas con deficiencias, y de las barreras del entorno que evitan la participación plena y efectiva. Consecuentemente, el gobierno tiene la obligación de hacer frente a las limitaciones creadas socialmente con el fin de promover y garantizar el pleno respeto de la dignidad y la igualdad de derechos de todas las personas (p. 35).

Discapacidad desde punto de vista internacional

El profesor Stephen W Hawking, quien tiene una discapacidad que hace que no tenga movilidad y deba comunicarse por medio de un sintetizador de voz, en el informe mundial sobre discapacidad hace referencia a que los gobiernos de todo el mundo no pueden seguir pasando por alto a los millones de personas con discapacidades. Eso permite que siga existiendo la negación a sistemas educativos, de salud y jurídico, lo cual limita el desarrollo de esta población.

La organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial se unieron para generar el informe sobre discapacidad y proveer una evidencia para la creación de nuevas políticas y programas que mejoren la calidad de vida de las personas con discapacidad, y que ayuden a implementar la Convención de las personas con discapacidad.

De acuerdo con el informe, mundialmente la discapacidad es entendida como un problema de derechos humanos, ya que en la mayoría de los casos las personas con discapacidad tienen menor acceso a oportunidades, lo cual las lleva a experimentar las peores condiciones socio-económicas, así como situaciones de pobreza. El reporte mundial de la discapacidad se centra en mejorar la accesibilidad y la equidad de oportunidad, y en promover la inclusión, la participación y el incremento del respeto por las personas con discapacidad.

Entender el número de personas con discapacidad y las circunstancias en las que viven puede ayudar a mejorar las condiciones y las políticas alrededor del mundo para promover la inclusión de estas personas. De acuerdo con el informe mundial de discapacidad, se estima que más de 1.000 millones de personas viven con algún tipo de discapacidad; es decir, alrededor de 15% de la población mundial (estimación basada en la población mundial en 2010). Esta cifra es superior a la de las estimaciones previas de la Organización Mundial de la Salud, correspondientes a los años 1970, que era de aproximadamente 10%.

Según la Encuesta Mundial de Salud, cerca de 785 millones de personas (15,6%) de 15 años y más viven con una discapacidad. Esta encuesta señala que, del total

estimado de personas con discapacidad, 110 millones (2,2%) tienen dificultades muy significativas de funcionamiento; mientras que la carga mundial de morbilidad se cifra en 190 millones (3,8%), que son las personas con una “discapacidad grave” (el equivalente a la discapacidad relativa a afecciones tales como la tetraplejía, la depresión grave o la ceguera). Solo la carga mundial de morbilidad mide las discapacidades infantiles (0-14 años), con una estimación de 95 millones de niños (5,1%) y 13 millones de los cuales 0,7% tienen “discapacidad grave”.

La Comisión Europea hizo público el Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad y plantea como objetivos principales la inclusión de la discapacidad en todas las políticas comunitarias pertinentes, lo mismo que acciones concretas en ámbitos fundamentales para potenciar la integración. En España se aprobó la Ley 41/2003 del 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y la Ley 52/2003 del 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en Materia de Seguridad Social, sobre cuyos contenidos el Consejo Económico Social (CES) tuvo ocasión de pronunciarse. Y, por otro lado, la Ley 51/2003 del 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad; la Ley 53/2003 del 10 de diciembre sobre Empleo Público de Discapacitados.

De acuerdo con el Informe de Discapacidad de España, en España -según la Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades y Estado de Salud (EDDES) de 1999- viven hoy más de 3,5 millones de personas con discapacidad, lo que supone aproximadamente 9% de la población total.

Honduras presenta un avance pero el enfoque médico considera la discapacidad como una cuestión que ha de ser prevista, tratada y rehabilitada. En el Salvador el 24 de mayo del 2001 se publicó la Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, la cual tiene por objeto ofrecer igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad. Sin embargo, en su artículo 4 esta ley establece que la persona con discapacidad ha de lograr una atención integral mediante la participación de familiares u organismos. Es decir, que esta ley ha dejado de lado la representación propia de la persona con discapacidad y ha fomentado la concepción de que la persona con discapacidad es un ser necesitado. Nicaragua identifica a las personas con discapacidad como «particularmente vulnerables a la pobreza» a causa de la falta de servicios y no a las barreras que les presenta la sociedad, y las asume como dependientes de sus familias y como beneficiarios de programas sociales.

En el informe de mapeo realizado por la Fundación para las Américas (Trust for the Americas) se indica que en Argentina la definición de personas con discapacidad que ha prevalecido es la que contiene la Ley N° 22.431, la cual, de acuerdo con el informe, indica: “A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. Así mismo, menciona el informe, que en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se habla de “personas con necesidades especiales”; mientras que en la Constitución de la Nación se habla de “personas con discapacidad”.

Establece el informe de mapeo que la República Argentina ratificó, mediante la Ley N.º 26.378, la CDPD y su Protocolo Facultativo. Muchos de los expertos y activistas entrevistados coinciden en que la definición o identificación de personas con discapacidad que debe prevalecer es la contenida en el artículo 1 del mencionado tratado internacional.

A pesar de que esta convención entró en vigor el 9 de junio del 2010, la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, promulgada el 3 de diciembre del mismo año, al referirse al colectivo de personas con discapacidad psicosocial las menciona como “personas con padecimiento mental”. Con respecto a la población con discapacidad, todavía está pendiente un estudio riguroso y profundo, centrado en el modelo social de la discapacidad. En él esta se visualizaría como un producto social derivado de la extendida exclusión y discriminación que afecta a las personas con diferentes características de funcionalidad; sean físicas, sensoriales, intelectuales, psicosociales u otras. Valga subrayar que en este modelo la discapacidad se presenta como un indicador que resulta de la interacción entre una variable de funcionalidad de la persona (diferentes lógicas de funcionamiento en la sociedad) y otra variable que está relacionada con el entorno y la organización social.

Así mismo, el informe arroja los datos más recientes aportados por el Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas, realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) en el año 2010. En el cuadro P10 de tal estudio, que cubre a todo el país en lo referente a “población en viviendas particulares con dificultad o limitación permanente por tipo de dificultad o limitación permanente,

según sexo y grupo de edad”, se fijan los siguientes totales: Visual: 3.274.909, auditiva: 947.066, motora superior: 887.597, motora inferior: 1.931.046, y cognitiva: 832.393.

El total registrado es de 5.114.190 personas, correspondiente a 12,9% de la población del país. La población de la República Argentina, de acuerdo con el censo del 27 de octubre de 2010 que realizó el INDEC, asciende a 40.117.096 habitantes. Desafortunadamente, el censo no incluye, específicamente, a las personas con discapacidad psicosocial o personas con discapacidad mental, como aparece consignado en la CDPD. Las registradas con tal condición quedan subsumidas en el grupo con “dificultad o limitación permanente”, de carácter cognitivo. Valga subrayar también que en el Anuario 2010 del Sistema Nacional de Rehabilitación (SNR) se las denomina como personas con discapacidad mental; pero no se las distingue de aquellas con discapacidad intelectual. Igualmente, es necesario destacar que en este universo poblacional no están incluidas las personas con discapacidad institucionalizadas en hospitales o instituciones psiquiátricas. Para obtener tal información ayuda el informe publicado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Este es una organización no gubernamental fundada en 1979 y dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos y al fortalecimiento del sistema democrático y del Estado de Derecho en Argentina, y de la organización *Mental Disability Rights International* (MDRI). Esta última es una organización dedicada a promover el reconocimiento y el cumplimiento internacional de los derechos de las personas con discapacidad

psicosocial, denominada Vidas Arrasadas, que indica que “aproximadamente 25.000 personas están detenidas en las instituciones psiquiátricas argentinas”.

Por su parte, Chile, según el informe de mapeo, establece en su Ley N.º 19.284 de 1994, en el artículo 3º, que "(...) se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, síquicas o sensoriales, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiere originado, vea obstaculizada, en al menos un tercio su capacidad educativa, laboral o de integración social". Por otra parte, en el artículo 5º de la Ley 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad (que es el cuerpo legal actualizado, derivado de la primera, posterior a la ratificación de la CDPD), se define como persona con discapacidad “aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, vea impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”

Sin embargo, tal como expresa Miguel Rojas, presidente del Comité de Organizaciones de Familiares y Usuarios con Atención de Salud Mental (CORFAUSAM), “dada la reciente data de esta ley y su ámbito de aplicación, puede resultar discutible si esta definición puede considerarse “oficial”, o, mejor dicho, de aplicabilidad general o excluyente”.

La Ley 20.422, que fue aprobada en febrero de 2010, desagrega al conjunto de personas con discapacidad auditiva, visual, física, psíquica e intelectual. Por otra parte, la Ley 18.600, que establece normas sobre “deficientes mentales” (principalmente entendido este concepto como para referirse a personas con discapacidad intelectual), que aunque surgió con la intención de “proteger” a este segmento de la población, hoy en día resulta contradictoria en su conceptualización y regulaciones, con la nueva mirada de derechos que impulsan la CDPD y la propia ley 20.422. De acuerdo con los datos poblacionales que brinda el informe en relación con la población con discapacidad en Chile, existe un censo muestral del año 2004 que hasta el presente no ha sido actualizado y que según el movimiento de personas con discapacidad en el país se considera hasta ahora el más aproximado y fiable estadísticamente, dentro de los límites siempre impuestos por este tipo de estudios. Según los datos aportados por este censo las personas con discapacidad en Chile alcanzan la cantidad de 2.068.072 personas, equivalente a 12,9% de la población chilena.

Del total de personas con discapacidad 7,83% corresponden a lo que se denomina “discapacidad síquica”, que se puede asociar con discapacidad mental o psicosocial. Este porcentaje en número de personas equivale a 271.484.

Así mismo, el informe establece que en Colombia se define como persona con discapacidad, con arreglo al artículo 2 de la Ley 1145 del 2007 (por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones), “...aquella que tiene limitaciones o deficiencias en su actividad

cotidiana y restricciones en la participación social por causa de una condición de salud; o de barreras físicas, ambientales, culturales, sociales y del entorno cotidiano”. En este artículo se indica, además, que la definición de discapacidad habrá de actualizarse “según las modificaciones que realice la Organización Mundial de la Salud, OMS, dentro de la Clasificación Internacional de Funcionalidad, CIF.”

Por otra parte, esa misma ley denomina como “situación de discapacidad” al "conjunto de condiciones ambientales, físicas, biológicas, culturales y sociales, que pueden afectar la autonomía y la participación de la persona, su núcleo familiar, la comunidad y la población en general en cualquier momento relativo al ciclo vital, como resultado de las interacciones del individuo con el entorno”.

Según el informe de mapeo, la información estadística oficial sobre la población con discapacidad data del año 2005. En ese censo la tasa de prevalencia de limitaciones permanentes para el total de la población se calcula en 6,3%, y es mayor en hombres (6,6%) que en mujeres (6,1%). Teniendo en cuenta el número de limitaciones por persona, 71,2% presentan una limitación, 14,5% dos limitaciones, 5,7% tres limitaciones y 8,7% tres o más limitaciones permanentes.

Del total de personas que manifiestan tener una limitación 9,9% tienen problemas para relacionarse con los demás debido a problemas mentales o emocionales. De acuerdo con la distribución por sexos, 10,3% son hombres y 9,4% son mujeres.

En México, con base en el informe, la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (11 de marzo, 2011) define a las personas con

discapacidad de la siguiente manera: “Toda persona que por razón congénita o adquirida presenta una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás”. Como se puede apreciar, esta definición está en armonía con la contenida en el artículo 1 de la CDPD, que el Estado mexicano ratificó el 17 de diciembre de 2007.

En la actualidad, en México ha ido ganando terreno el uso del término “discapacidad mental”, “aunque suele confundirse o entenderse equivocadamente como sinónimo de “discapacidad intelectual”, tal y como afirma Ernesto Rosas Barrientos, del Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad (CONADIS). El instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) presentó, el 4 de marzo de 2011, los resultados definitivos de varios rubros del Censo de Población y Vivienda del año 2010, relacionados con la población con discapacidad. Tales estadísticas establecen que en México existen 5.739.270 que son población con discapacidad; lo que corresponde a 5,1% de la población mexicana. De tal número, 50,1% son mujeres y 49,9% son hombres. (Informe de Mapeo, p.20)

Según el documento presentado por el INEGI, “en la gráfica de población con discapacidad por grandes grupos de edad y sexo, dentro del grupo de edad de 85 años o más, 58,7% tienen discapacidad. En el grupo de edad de 60 a 84 años, 23% tienen discapacidad. En el rango de 30 a 59 años 4,8% viven con esta

condición. Y entre los más jóvenes, de 15 a 29 y de 0 a 14 años son 1,9 y 1,6%, respectivamente”.

Por otro lado, los datos del INEGI por distribución porcentual de la población con discapacidad, según el tipo de deficiencia, expresan que “58,3% presenta dificultad para caminar o moverse (discapacidad motriz), 27,2% tiene discapacidad visual, 12,1% de la población tiene discapacidad auditiva, 8,3% presenta dificultad para hablar o comunicarse, 4,4% discapacidad intelectual (descrita como dificultad para entender) y 8,5% mental”.

Así las cosas, la cantidad de personas con discapacidad mental o psicosocial de México sería de 487.838.

De acuerdo con el informe de mapeo la Constitución Política de Paraguay utiliza el término “excepcionales” para referirse a las personas con discapacidad. En relación con la cantidad de personas con discapacidad que tiene ese país sudamericano, según Zulma Ferreira, coordinadora del Departamento Académico e Investigación del Instituto Nacional de Protección a Personas Excepcionales (INPRO), “no existe un estudio oficial que determine la población con discapacidad. Lo que existe es un “estudio de prevalencia en 13 departamentos del país llevado a cabo por la Agencia Japonesa para la Cooperación Internacional (JICA), que arroja un promedio de 20% de la población”. Esto ha hecho que se trabaje con el estimado que fijó la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el último período, de 10% de la población general. De esta manera, el estimado de

población de Paraguay con discapacidad es de casi 700 mil personas de un universo de 6.831.306 de habitantes (julio, 2008).

En Perú, como se menciona en el informe de mapeo, el 31 de diciembre de 1998 se aprobó la Ley N.º 27.050, Ley General de las Personas con Discapacidad (LGPD). El artículo 2 de la Ley define a la persona con discapacidad como “aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales que la limita en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad”.

Advierte el informe de mapeo que esta definición no responde cabalmente a los estándares definidos por la CDPD, aun cuando el Estado peruano ratificó este tratado el 30 de enero del 2008. La definición empleada por la ley peruana centra la discapacidad en el individuo y, consecuentemente, no la fija como un derivado de la falta de condiciones generales de accesibilidad e inclusión social, que la sociedad y el Estado les ofrecen a las personas con diferentes características y lógicas de funcionalidad. Sin embargo, en el informe se indica que el artículo 7 de la Constitución Política de Perú (1993) establece que “la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. En relación con los datos acerca de las PcD y sus condiciones de

vida, el informe resalta la necesidad de información estadística frente a la disponibilidad de ella. Según el último Censo Nacional de Población, llevado a cabo en el año 2007 por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), en el país existe un total de 735.334 hogares con al menos una persona con discapacidad física o mental. Este número de hogares representa a 10,9% del total de la población de Perú, que en el citado censo se estima en 28.220.764 habitantes. Sin embargo, cabe hacer notar que en este censo no fueron incluidas preguntas que sirvieran para determinar cifras basadas en número de personas, sino que se enfocaron en números de familias que tuvieran en su seno a miembros con discapacidad. De acuerdo con el informe de mapeo de la Fundación Aara las Américas, la ambigüedad de esta cifra impide saber el número exacto de personas con discapacidad, y tampoco los tipos específicos de discapacidad de los miembros de los hogares.

Con base en el Pre-Congreso sobre igualdad jurídica de las personas con discapacidad ante la ley, en América Latina aún no se ha derogado la figura de la interdicción y, aún hoy, después de la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se siguen violentando los derechos de esta población, al limitarlas en su capacidad de actuar y de tomar decisiones.

Como relata el máster Edwin Rómer Rojas, en el presente año, para el juez del Tercer Juzgado de Familia de Cusco, Perú, aún prevalece el proceso de interdicción y curatela, y prevalece también el resultado médico como única causa

para la declaratoria de interdicción. También, aún se aplica el modelo rehabilitador y no el modelo social. Comenta que hay instituciones jurídicas que siguen aplicando la misma legislación a pesar de que la actualidad ha cambiado. Afirma que competen a los administradores de justicia la revisión y administración de las leyes. De tal manera que a la hora de aplicar la norma sea la más favorable, para poder asegurar la inclusión y el cumplimiento de los acuerdos establecidos en la Convención. Menciona que debe llevarse un control de convencionalidad a la hora de aplicar la normativa. Afirma que el control de convencionalidad es obligación de los jueces y aplicadores del Derecho en general, a la hora de aplicar o desaplicar leyes locales que violenten los acuerdos internacionales, que vienen a convertirse en sistemas de apoyo y a generar más inclusión en el sistema de justicia para garantizar la autonomía de las personas con discapacidad.

De acuerdo con la Declaración de los Derechos Humanos, todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ofrecen grandes posibilidades; pero no han sido utilizados suficientemente ni con la frecuencia necesaria, ni con un fin centrado en la discapacidad para obligar a los Estados a su cumplimiento. Los seis grandes tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas que tienen vinculación con discapacidad son los siguientes:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 1966
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes, 1984
- Convención sobre los Derechos del Niño (CRC), 1989
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con discapacidad.
- Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1979
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), 1965.

2.2 Choque entre la normativa costarricense y los derechos conferidos a la persona con discapacidad en la Ley N.º 9379, a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

De acuerdo con Ana Helena Chacón Echeverría, vicepresidenta de la Republica, en el X Aniversario de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Costa Rica se ha caracterizado por ser un país con una sólida tradición democrática, de paz y con la firme convicción de respetar y reconocer los derechos humanos de todas las personas y, muy particularmente, de grupos vulnerable y discriminados”. Advierte la vicepresidenta que, pese a la existencia de documentos que fortalezcan la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, no necesariamente se logra que los derechos de las personas sean respetados.

Por ello, ha aprovechado la estructura jurídica a la que ha tenido acceso en el nivel internacional para impulsar acciones de fortalecimiento de institucionalidad pública, en aras del cumplimiento de los derechos de la población con discapacidad. De esta manera, aclara Chacón Echeverría, que Costa Rica ha tenido un largo transitar en el abordaje de los derechos de las personas con discapacidad y que aún el recorrido no termina; porque todavía son muchas las acciones que deben aplicarse para hacer de Costa Rica un país que abrace el desarrollo humano de una manera integral, verdaderamente inclusiva y sostenible, para acercarse cada más a ese horizonte de equidad y justicia en el que toda sociedad está inmersa.

En Costa Rica se cuenta con la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, N.º 7600, publicada en el diario oficial La Gaceta N.º 112 del 29 de mayo de 1996. Esta ley, de acuerdo con Villareal-Álvarez, constituye un pilar en el ordenamiento jurídico costarricense en cuanto al tema de discapacidad e igualdad de condiciones. Surge en virtud del principio de igualdad y dignidad humanas. Se constituye en ley general aplicable en todas las instituciones públicas y privadas del país para erradicar la discriminación de las personas con discapacidad. Su aplicación permite imponer una serie de condiciones estructurales, sociales y jurídicas que permiten cierto grado de igualdad entre las personas con discapacidad y sin ella (p. 110). Indica Lizbeth Barrantes Arroyo, directora ejecutiva del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (CONAPDIS), que esta ley marcó un antes y un después en el reconocimiento social de los derechos de esta población. Señala que en esta ley

se declara de interés público el desarrollo integral de la población con discapacidad, y cita como obligación el trato en iguales de condiciones de calidad, oportunidad, derechos y deberes para este grupo social.

Así mismo, menciona el reglamento de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, N.º 26831, y opina que “el Estado tiene como función principal generar oportunidades para que todas las personas con discapacidad participen en la construcción y disfrute de los beneficios del desarrollo con equidad”. En su artículo 4, ese reglamento establece que las personas con discapacidad requieren políticas, planes y programas acordes con los principios de igualdad, “no discriminación”, participación y autodeterminación.

En la Ley N.º 7948 (Aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) el término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia o percepción de esta que tenga el propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad de sus derechos y libertades fundamentales. En la misma ley, en su artículo III Inc. C, se establece el compromiso de realizar campañas de educación con la idea de eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atenten contra el derecho de las personas a ser iguales. Costa Rica forma parte de esta Convención, que entró en vigor el 14 de setiembre del 2001. Se contempla también el compromiso con el desarrollo de medios y recursos para facilitar o promover la vida independiente, considerando la participación de representantes

de organizaciones de personas con discapacidad, los cuales a la fecha han sido insuficientes.

Adicionalmente existen la Ley N.º 8822 - Reforma a varios artículos del Código Municipal y la Ley N.º 7794 del 30 de abril de 1998, de Creación de las Comisiones Municipales de Discapacidad (COMAD). La COMAD es la encargada de velar porque se cumpla con los preceptos de la Ley N.º 7600, de Igualdad de Oportunidades para la Persona con Discapacidad, en coordinación con el CONAPDIS, que es ahora el ente rector en asuntos de discapacidad. Ellos rendirán cuentas en cuanto a obras públicas, asuntos sociales, condiciones de la mujer y de accesibilidad. Dicha ley rigió a partir del año 2010.

La Ley N.º 8862 - Inclusión y Protección Laboral de las Personas con Discapacidad en el Sector Público, la cual establece que se reservará al menos 5% de las vacantes de cada uno de los Poderes para que sean cubiertas por personas con discapacidad, siempre que exista oferta de empleo y se superen las pruebas de idoneidad. Además, a la luz de la Ley N.º 9049 - Reconocimiento del Lenguaje de Señas Costarricense como Lengua Materna. El CONAPDIS, en condición de ente rector en discapacidad, velará porque las entidades públicas y privadas de servicio garanticen el derecho de las personas sordas y con sordo-ceguera a hacer uso del lenguaje de señas, y el MEP deberá incorporar en sus programas educativos las acciones pertinentes para apoyar el estudio y divulgar el lenguaje de señas.

La Constitución Política, en su numeral 33, indica que toda persona es igual ante la ley y que no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. En su artículo 50 establece que “el Estado procurará el mayor bienestar posible a todos los habitantes del país organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”. Así mismo, en el ordinal 51 se afirma que la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, tendrán esa protección la madre, el niño y el enfermo desvalido. Todos estos artículos constituyen los derechos fundamentales de toda persona y son pilares para la protección de todo ciudadano costarricense.

Aun con la inserción de estos preceptos en la Constitución Política, como lo menciona Alan Moreira Gutiérrez, 2008, en su tesis “Análisis y desarrollo de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en Costa Rica”, el Estado costarricense no cumple con el aseguramiento y la aplicación de estos derechos a la población con discapacidad. De ahí que la Ley N.º 7600 y el conglomerado de leyes mencionadas con anterioridad vienen a contrarrestar la vulnerabilidad de este grupo de personas. Ante todo tal ley es un instrumento garante de los derechos fundamentales. En ella se declara de interés público el desarrollo integral de la personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, calidad, oportunidades, derechos y obligaciones que las del resto de los habitantes (p.2).

La Ley N.º 8661, Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo, reconoce la igualdad jurídica de las personas con discapacidad para que disfruten del derecho a la libertad y a la seguridad de la persona; así como para la protección de la integridad personal. Para que se les respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones respecto de las personas sin discapacidad, se les da la libertad de desplazamiento y el derecho de vida independiente y el de ser incluidas en la comunidad en virtud de la ratificación de la Convención.

En la Ley N.º 9303 - Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad, se crea el CONAPDIS como rector en discapacidad y como órgano adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Es el CONAPDIS el que se encargará de fiscalizar el cumplimiento de los derechos humanos y las libertades de la persona con discapacidad por parte de las entidades públicas y privadas.

La Sala Constitucional, en su resolución N.º 011344 del 4 de agosto del 2006, ha manifestado que “las obligaciones de los Estados Partes adquiridas en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, abarcan el deber de asegurar el cumplimiento de las disposiciones, por todos sus órganos y agentes, así como por todas las personas sujetas a su jurisdicción. Tal aseguramiento debe contemplar todas las providencias necesarias para posibilitar a los individuos el ejercicio y goce de los derechos, pudiendo requerir la adopción de leyes u otras

medidas administrativas contra la interferencia, incluso de los particulares, en el goce de tales derechos”.

Actualmente Costa Rica se suma a la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. También forma parte de la Convención a la cual se favoreció al crearse la Ley N.º 9379 analizada en esta investigación. Tal ley tiene por objeto promover y asegurar la igualdad jurídica para beneficio de las personas con discapacidad. En ella se establece la figura del garante para la igualdad jurídica, el asistente personal y las salvaguardias. De acuerdo con Barrantes Arroyo, la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad es el más reciente cuerpo legal que se integra a la legislación costarricense, por lo cual, para lograr su objetivo, se establece la figura del garante. Indica Barrantes Arroyo que es en este cuerpo normativo en el que se encuentran las dos más actuales definiciones de discapacidad y de persona con discapacidad. Señala también que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que 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 de las personas sin discapacidad. Ahí se atribuye el concepto de persona con discapacidad a aquella que tenga deficiencias físicas mentales, intelectuales o sensoriales de largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, a la que estas deficiencias le pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Esta ley se constituye en un instrumento pionero en la valorización e inserción de las

personas con discapacidad, al derogar la figura de la insania y la curatela. Se acaba así con la muerte civil de las personas con discapacidad al dotarlas de instrumentos que les permitan la interacción social.

2.2.1 Autonomía personal e igualdad ante la ley

La Ley N.º 9379 establece, en su artículo tercero, varios principios dentro de los cuales pueden encontrar el derecho de igualdad. El derecho de igualdad se plasma en la Ley en varios artículos, en varias perspectivas, en primer lugar como el propósito de esta ley y seguidamente como principio. Además, como obligación directa de los Estados Partes que han ratificado la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es evidente que la Ley N.º 9379 busca una igualdad práctica para esta población, al aceptarla como parte activa de la sociedad, y como seres autónomos en virtud de la ratificación de la Convención. (Convención de Derechos sobre las Personas con Discapacidad, 2007, artículo 1; artículo 3, artículo 4/Ley N.º 9379, artículo 3, artículo 4).

Francisco José Bariffi explica que “si la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre personas con discapacidades y el entorno que evita su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás; entonces, la autonomía podría ser vista como las condiciones generales que permiten a las personas con discapacidad igualarse en oportunidades respecto del resto de las personas...” (Bariffi, 2014, Pág 154)

De acuerdo con lo referido anteriormente con respecto al aseguramiento que proporciona la Ley N.º 9379, en cuanto a la autonomía de las personas con discapacidad, cualquier persona que se vea limitada en razón de sus limitaciones físicas, mentales o psicosociales tiene derecho a acudir al ordenamiento jurídico y a los tribunales nacionales para que estos sean los que hagan valer sus derechos. Por tanto, el Estado tiene que hacer cambios en todo su conglomerado de leyes para asegurar una autonomía plena en virtud de la Convención y la Ley N.º 9379.

En Costa Rica el Estado crea la Ley N.º 9379 con el fin de proporcionar esa garantía a las personas con discapacidad, ya que engloba una serie de “ajustes razonables”. De acuerdo con la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, 2007, los ajustes razonables se entienden como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no imponga una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso en particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, con las demás personas, de todo los derechos humanos y libertades fundamentales.”

Por otro lado, por medio del Derecho Civil de Costa Rica se han realizado cambios sustanciales para asegurar la autonomía plena de las personas con discapacidad al eliminarse el proceso de insania, y devolviendo a las personas declaradas en estado de interdicción su capacidad de actuar; al instaurar para todos los efectos

las figuras del garante y la salvaguardia, figuras que se desarrollarán más adelante en este estudio. Por lo tanto, es imperativo entender la capacidad de actuar de las personas desde el punto de vista jurídico y social; por lo que resulta necesario analizar las figuras de “interdicción”, insania y curatela, puesto que estos conceptos están íntimamente relacionados con la restricción de la autonomía de la personas con discapacidad. Eran figuras orientadas a la protección de la persona, pero representaban una limitante a su capacidad de actuar ante la creencia de que eran personas que no podían valerse por sí mismas. Por ende, esa era una violación al principio de igualdad.

Concepto de autonomía

La Ley N.º 9379 asegura la autonomía plena a la persona con discapacidad. Dado que la autonomía y la igualdad de trato son conceptos muy diferentes ambos son muy señalados en la ley en estudio, por lo que se hace necesario abarcarlos en este estudio.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, ser autónomo es trabajar por cuenta propia. La autonomía es una condición de quien para ciertas cosas no depende de nadie. Según el Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo, por un mundo accesible e inclusivo, en su Guía básica para comprender la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la palabra autonomía viene del griego auto, “uno mismo” y nomos “norma”. Es decir, podría inferirse que es autonormarse. Por lo tanto, se entiende que quien tiene

autonomía es una persona que tiene la capacidad de sentir, pensar, actuar y tomar decisiones por sí misma sin la interferencia de otros. Estas libertades corresponden a todas las personas por su simple condición de humanos, para poder garantizarles una vida digna (p.9).

De acuerdo con este concepto el ser autónomo va ligado a la condición de persona y a la capacidad de actuar de cada una.

Según Alberto Brenes Córdoba, padre del Derecho Civil, citado por el profesor Víctor Pérez Vargas en su libro **Derecho Privado**, “las cosas solo pueden ser objetos de derecho, ya que son entes jurídicamente pasivos en los que se ejerce la acción del hombre y para los cuales la persona es sujeto de derecho, y en esta residen potencialmente los derechos en sí y la facultad de ejercitarlos”. (p.46)

Dado que es imperativo que se estudie la capacidad jurídica y de actuar de la persona, hay que tomar en cuenta que en la antigüedad en el Derecho Romano la persona no era considerada como persona en razón de su discapacidad, y de ahí que en el pasado no se viera a las personas con discapacidad capacitadas para la toma de decisiones, y esta es la raíz de la figura de la curatela y de la muerte civil de las personas con discapacidad.

En Costa Rica, con base en el Código Civil, en su artículo 31, “la existencia de la persona física se da al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento”. De acuerdo con Brenes Córdoba, para que una persona adquiera personalidad jurídica esta debe nacer viva. El ejemplo

más claro de dicha condición se encuentra en el artículo 605 del actual Código Civil, el cual da al testador la posibilidad de establecer como heredero o legatario a un no nacido. En el artículo 1400 del mismo Código se dispone que para recibir un bien por donación es preciso estar por lo menos concebido en el momento de redactarse la escritura. De ahí que se diga que la capacidad jurídica se adquiere desde el momento en que se nace vivo y acaba a la hora de la muerte de la persona (p.133).

La capacidad de actuar, por el contrario, no es algo que se adquiera a la hora del nacimiento. Según la Sala Constitucional, en su resolución 2001-12994, la capacidad de actuar se define como “la capacidad de obrar, de ejercer derechos y contraer obligaciones, es el estado reconocido jurídicamente en el cual una persona es sujeto susceptible de adquirir derechos y obligaciones”. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 36 del Código Civil la capacidad de actuar se ve limitada según la capacidad volitiva o cognitiva de la persona; ya que una persona que no cuente con la capacidad suficiente no puede ser sujeto de obligaciones. En Costa Rica la capacidad de actuar se adquiere a los 18 años de edad.

El artículo 41 del Código Civil determina que otra forma de anular la capacidad de actuar de las personas es saber el estado mental de la persona, y afirma que en el caso de que un acto o contrato se realice sin capacidad volitiva o cognitiva será relativamente nulo y, salvo casos en los que la incapacidad sea declarada judicialmente, los actos o contratos serán absolutamente nulos. Así se lleva a la muerte civil a la persona “insana”, lo que, en virtud de la Ley N.º 9379, viene a

derogar la figura de la actividad judicial no contenciosa de las diligencias de insania y la declaratoria de interdicción del Código Procesal Civil; así como la curatela del Código de Familia.

De acuerdo con Gerardo Parajeles Vindas, en los procesos civiles y su tramitación la capacidad de las partes es un presupuesto para la validez del proceso, y es por ello que el auxiliar judicial debe verificarla antes de dar curso a la demanda, de acuerdo con el artículo 102 del Código Procesal Civil. De ahí se desprende que la persona tiene la capacidad de actuar y esa capacidad está íntimamente vinculada con la edad o el estado de salud. La acreditación y confirmación de la capacidad debe darse en el primer escrito, y la “no comprobación” de la capacidad conllevaría una prevención dentro del plazo de cinco días, bajo el apercibimiento de “no admisibilidad”. Cuando exista duda respecto de la capacidad se podrá instaurar la excepción de falta de capacidad, por lo que a la luz de este análisis una persona con discapacidad no es sujeto de derechos civiles o patrimoniales.

(P.21)

De acuerdo con la revista Universidad en Diálogo, 2015, en los años ochenta la Organización Mundial de la Salud (OMS) elabora la primera Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM).

Desde un enfoque médico, las distintas condiciones de discapacidad también se han tipificado, más que todo dentro de un modelo de clasificación (CIDDM)

concebido a partir de las deficiencias de las estructuras y funciones corporales, y basadas en las enfermedades y las consecuencias de estas.

Tomando como punto de partida la tipificación de la discapacidad, básicamente se establecen los siguientes tipos: sensorial, física e intelectual. La discapacidad sensorial se subdivide en visual y auditiva. La discapacidad intelectual abarca la condición de retardo mental, el síndrome de Down, entre otros; asimismo, la condición de discapacidad física incluye la parálisis cerebral, la espina bífida, los traumatismos craneoencefálicos y otras situaciones. Cada uno de los tipos de discapacidad mencionados anteriormente presentan distintos grados, así como también una persona puede presentar varias discapacidades; por lo cual existe un amplio abanico de posibilidades de personas con distintas condiciones de discapacidad.

Indica Fontana-Hernández que a pesar de los avances que generó esta clasificación en su momento, se continuó atendiendo a las personas con discapacidad desde un enfoque clínico centrado en las deficiencias, lo que dio lugar a “la estigmatización de éstas, de acuerdo a los criterios que le faltan” (Lou Royo, 2011 p. 24), y a la alineación al criterio profesional tanto en la forma de tratamiento como en el estilo de sus vidas.

La implementación de esta propuesta durante treinta años evidenció que sus herramientas y resultados fueron útiles para fines médicos y de salud, mientras que sus limitaciones se mostraban en el ámbito social, específicamente para la

valoración de la participación, de las condiciones de accesibilidad, de la calidad de vida y de sistemas de apoyo para personas con discapacidad; lo que evidencia la contradicción entre perspectiva del grupo de profesionales y de las personas con discapacidad acerca de su realidad (Gabard y Martín, 2003, citado por Lou Royo, 2011).

Indica Fontana-Hernández que con el fin de superar las limitaciones CIDDM, en el año 2001 la OMS propone la nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), con un enfoque multidimensional (biológico-psicológico-social) que introduce el concepto de universalidad y la determinación de aspectos positivos de la discapacidad.

En esta CIF se alude al concepto barrera dentro de los factores que influyen en la discapacidad y de las posibilidades de los individuos para desenvolverse en el entorno. Por esto la discapacidad se redefine 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. A causa de esa relación los distintos ambientes pueden tener efectos distintos en el individuo y en su condición de salud (OMS, 2011).

Continúa la relatora indicando que, desde una posición sociológica, las personas en condición de discapacidad y sus familias reclamaban la igualdad en el acceso a los derechos sociales. Estos movimientos respondían al surgimiento de la filosofía de la normalización (derecho a una vida tan normal como posible) de Bank-

Nikkelsen, que defendía el trato igualitario en la sociedad y promovía una vida independiente (de los demás y las instituciones) para las personas con discapacidad y para el desenvolvimiento personal de ellas en la sociedad.

Desde esta perspectiva se consideraba a la persona con discapacidad como sujeto con derechos y que consumía unos servicios, la cual debía tener un papel en la planificación y el desarrollo de estos (Lou Royo, 2011). También se pretende la aceptación de las diferencias de las personas y de los ajustes del entorno social que faciliten su integración y su participación en la sociedad, lo cual generó un cambio en el ámbito de las concepciones, así como en las actitudes sociales hacia las persona con discapacidad.

Un elemento fundamental que subyace en este enfoque es la autodeterminación de las personas con discapacidad para decidir sobre su atención y sus vidas, aspecto que permitió que muchas personas con discapacidad física, a partir de este momento, pudieran desenvolverse en la sociedad como adultos autónomos.

En este contexto sociocultural emergente surge el modelo social, que considera que la discapacidad no es un atributo de la persona, sino que es el resultado de un conjunto complejo de condiciones, las cuales se originan o aumentan por un entorno social que presenta barreras. Por esto, define “la discapacidad como las desventaja que el individuo experimenta cuando el entorno no es “capaz” de dar respuesta a las necesidades derivadas de las características personales” (Lou Royo, 2011).

Este enfoque propone una visión que toma en cuenta la opinión de cada una de las personas que aspiran a la construcción de la identidad de su discapacidad y de su pertenencia a un colectivo diverso; pone énfasis en el contexto en el que se desenvuelven las personas con discapacidad, en las actuaciones encaminadas a eliminar obstáculos y en promover entornos accesibles para mejorar su participación social (Lou Royo, 2011). Así, pues, la discapacidad es consecuencia de barreras sociales y de las relaciones de poder que se establecen en la sociedad, más que de aspectos personales (biológicos y fisiológicos).

Fontana-Hernandez menciona que actualmente se debate sobre la crisis conceptual que pone en evidencia el cambio global que impera en el planeta. Por esto surgen nuevos términos, tales como capacidades diferentes, diversidad funcional, entre otros. No obstante, si se analiza con cuidado el supuesto de cada uno, se aprecia que la “diversidad demanda diferentes estructuras” (Sánchez y Torres, 2002, p. 81), las cuales se pueden convertir en nuevas formas de clasificación y categorización.

De acuerdo con Floribeth Hernández en su artículo “La imputabilidad y la Imputabilidad desde el punto de vista médico legal”, se entiende la imputabilidad como aquella acción u omisión que se genera a libre elección atribuida a un sujeto, la cual produce consecuencias por las que se debe cumplir y afrontar una determinada sanción.

Es una condición jurídica que posee todo aquel que tenga capacidad mínima fisiológica y psíquica, salud mental y conocimiento de los actos que se realizan. (Patitó, 2000). Así mismo, existe una condición en aquellas personas con defectos mentales de inteligencia y de voluntad, por lo que no están conscientes de sus actos, que se conocen como inimputabilidad. Sin independencia de la voluntad o sin capacidad de entendimiento el sujeto es inimputable (Zazzali, 2007).

Según Patitó, 2000), todo trastorno o alteración psíquica que perturben profundamente la inteligencia o la voluntad, o ambas, puede ser causa de inimputabilidad; por lo que es inimputable aquel sujeto que no es responsable penalmente de un delito cometido, ya que no comprende las consecuencias que eso le pueden ocasionar.

A una condición entre las dos anteriores supracitadas se le conoce como imputabilidad disminuida, ya que implica una disminución en la capacidad mental del sujeto para entender las consecuencias jurídicas de sus acciones. De acuerdo con Harbottle, 2012, la imputabilidad en el Código Penal de Costa Rica se describe como un componente empírico o biopsicológico, el cual se debe verificar mediante la realización de evaluaciones psicológicas-psiquiátricas, que puedan determinar la normalidad psíquica de esa persona desde el punto de vista orgánico y psicológico; y como un componente normativo–valorativo para determinar si existe una enfermedad mental, un trastorno grave de la conciencia o un déficit en el desarrollo de ciertas capacidades o funciones cognitivas, lo que influirá directamente en la capacidad de comprensión, en la capacidad de acción,

de voluntad y de inhibición de una persona con respecto a un acto ilícito penal sancionado.

En Costa Rica el Código Penal, en el artículo 42, estipula lo que implica ser una persona inimputable, como se detalla a continuación: "Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental o de grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes." (Artículo 42, Código Penal de Costa Rica).

Así mismo, en el artículo 43 se expone lo siguiente: "Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente, en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión." (Artículo 43, Código Penal de Costa Rica)

Según la entrevista realizada a Hernández Arguedas, las condiciones que conllevan una imputabilidad disminuida o inimputabilidad se pueden clasificar en tres grandes grupos:

1. Los trastornos psíquicos.
2. Los disturbios mentales o de desarrollo mental insuficiente.

3. La grave perturbación de la conciencia.

Otras condiciones que también contempla el Código Penal son: trastornos de la personalidad, como las psicopatías, la paidofilia como trastorno de la inclinación sexual y diversos trastornos de los impulsos, entre los que destacan la cleptomanía, la piromanía y la ludopatía. Así mismo, estas condiciones se aplican para la inimputabilidad según lo establecido en el Código Penal vigente.

Dentro del grupo de enfermedades mentales se pueden incluir aquellas concernientes al apartado de enfermedades mentales de la Organización Mundial de la Salud OMS (Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-10); así como en la práctica también es utilizado por psiquiatras y psicólogos clínicos el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-IV, de la Asociación Psiquiátrica Americana (APA), el cual contiene una clasificación de los trastornos mentales. En él se dan descripciones de las categorías diagnósticas con el fin de que los clínicos puedan investigar, estudiar, intercambiar información y tratar los trastornos mentales. De acuerdo con el tipo de enfermedad, la incapacidad mental podrá estar presente a lo largo de la vida o puede aparecer en fases tardías.

La psicosis puede ser producto de diferentes enfermedades psiquiátricas como:

La esquizofrenia. Trastorno psicótico. Psicosis se refiere al síndrome caracterizado por delirio, alucinaciones, pérdida del contacto con la realidad y conducta desorganizada. Puede ser debido a enfermedades mentales como la esquizofrenia, trastorno afectivo bipolar, enfermedades orgánicas como trauma

físico, epilepsia del lóbulo temporal, demencia, enfermedades neurológicas o también psicosis ocasionada por el abuso de sustancias.

Con respecto a la persona con esquizofrenia no es posible saber si valora las consecuencias de sus actos, si la motivación de la conducta es defectuosa, si tiene noción de sus reacciones o si puede reprimirlas. Si el sujeto actuó durante una crisis psicótica motivado por las ideas delirantes que presentó en determinado momento, procederá la declaración de inimputabilidad; por lo que se debe tener presente que si las capacidades intelectuales y volitivas están disminuidas se deberá considerar semi-imputable o con imputabilidad disminuida.

Otro tipo de psicosis que se debe tener presente es la psicosis en el trastorno afectivo bipolar. El trastorno psicótico afectivo bipolar es caracterizado por episodios de manía y depresión mayor. En los episodios maníacos graves existe una gran dificultad para concentrarse con gran distracción y existen ideas de grandeza y aumento de confianza en sí mismo. La pérdida de inhibiciones sociales puede llevar a un comportamiento impulsivo, inapropiado. En los casos muy graves puede haber síntomas de psicosis.

Por otro lado, en los episodios depresivos, cuando se altera el afecto puede verse comprometida la capacidad de comprensión de los actos si hay síntomas de psicosis que afectan el juicio; por lo que tanto en una fase como en la otra está justificada la inimputabilidad.

Otra enfermedad que se debe tomar en cuenta es la demencia. Corresponde a un grupo de enfermedades neurológicas caracterizadas por presentar déficits cognoscitivos, moderados y severos que son irreversibles, que afectan las funciones psíquicas, la memoria, el pensamiento y la capacidad de juicio. Altera las funciones intelectuales basales y desintegra las conductas sociales; hay pérdida del control de los impulsos y pérdida de juicio crítico. Cada individuo con demencia se debe valorar individualmente para determinar el tipo y el grado de afección de las capacidades intelectuales y volitivas.

La epilepsia es una enfermedad neurológica que puede dar lugar a cuadros psicóticos específicos y a cuadros alterados de conciencia. Durante las auras epilépticas el individuo tiene conturbadas sus facultades cognoscitivas o volitivas.

En Costa Rica este caso lo han catalogado como un aspecto para disminuir la pena desde el punto de vista del Derecho Penal. En caso de actuar la persona durante una crisis epiléptica que le genere un estado de psicosis o alteración de la conciencia, con la consecuente incapacidad para comprender el carácter ilícito del hecho, se clasificará como individuo con inimputabilidad disminuida.

En todos los anteriores casos el individuo presenta disminución para comprender adecuadamente el medio que le rodea y para autorregular su conducta por afectación principalmente de las capacidades cognitivas. Por lo general son utilizados por otras personas para cometer los actos ilícitos, por ejemplo al ponerlas a vender o a trasladar drogas. (Castro, 2014)

Indica Hernández Arguedas que desde el punto de vista médico-legal, para efectos de responsabilidad debe considerarse la capacidad para comprender lo lícito e ilícito del hecho, que está en función de la capacidad cognitiva.

Víctor Pérez, en su libro de **Derecho Privado**, indica que todo el Derecho se practica y tiene sentido en razón del sujeto, por el sencillo motivo de que este es el punto de convergencia de todos los fenómenos jurídicos. La conexión entre el hecho y el ser humano y sus intereses es necesaria para que un hecho natural sea hecho jurídico.

Pérez Vargas indica que la palabra “capacidad”, en líneas generales, sirve para designar las fundamentales manifestaciones de la subjetividad; sin embargo, dada la diversidad radical de planos en los que operan las dos formas más generales de ser del sujeto en el mundo del Derecho (capacidad jurídica y capacidad de actuar), no es posible establecer un concepto unitario que sirva para abrazar ambas figuras, pues, como se ha visto, la capacidad jurídica opera en el momento de relevancia de la figura subjetiva, mientras que la capacidad de actuar se refiere más bien al momento de su eficacia.

Para Pérez Vargas la capacidad de actuar es la posibilidad de tener personalmente comportamientos que provocan la constitución de efectos jurídicos.

Pamela Molina, gerente de proyectos, iniciativa democrática, gobernabilidad y derechos humanos de la Fundación para las Américas de la Organización de los Estados Americanos, en el seminario “La capacidad jurídica de las personas con

discapacidad: debates y reflexiones” (realizado en Buenos Aires el 2 de noviembre de 2012 por la Fundación para las Américas de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad y la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 2002), alude que el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica y de actuar de las personas con discapacidad es todo un desafío para América Latina, y que el reconocimiento de su capacidad para hacer valer su voluntad y sus decisiones ante la ley y ante todos los procesos judiciales es esencial para asegurar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ya que “sin capacidad jurídica, no hay derechos humanos”. Según Molina, se institucionaliza el “no puede” en las sociedades con base en preconcepciones y prejuicios, de tal manera que se limita al ser humano en su desarrollo. Entonces propone promover un cambio paradigmático en el que las personas con discapacidad estén en las mismas condiciones en las que están las personas sin discapacidad, porque estas tienen derecho siempre a ejercer su capacidad jurídica. Por ello, para eliminar la interdicción, la declaratoria de insania de las leyes, así como figuras como la curatela; y para reconocer la capacidad jurídica y de actuar de todas las personas es sumamente importante ese cambio.

De conformidad con el *Informe de mapeo acerca del ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad psicosocial en seis países latinoamericanos*, realizado por la Fundación para las Américas (Trust for the Americas), el irrespeto al derecho de ejercitar la capacidad jurídica y de actuar en

las personas con discapacidad es una práctica común y muy extendida en los países de la región, asumida como “normal” por la gran mayoría de la sociedad y, por lo mismo, profundamente invisibilizada hasta el día de hoy; aun cuando constituye una grave violación de los derechos humanos que afecta a un sinnúmero de personas con discapacidad, y con especial énfasis a las personas con discapacidad psicosocial. Según Molina, se ha comprobado que la violación de este derecho clave genera las condiciones propicias para la violación de otros derechos, puesto que al ser humano es al que se le despoja de tal ejercicio de su capacidad jurídica y, aunque mantenga la titularidad teórica de los derechos, en la práctica deja de ser persona. Lo más grave de esta situación es que esta violación flagrante y cotidiana de derechos humanos está bendecida jurídicamente porque se respalda en leyes y normas anquilosadas (como algunas disposiciones contenidas en los códigos civiles sobre la materia); pero cuyo valor y uso son defendidos por la inmensa mayoría de los operadores judiciales y las autoridades administrativas de los Estados. A pesar de que todos estos ya ratificaron la CDPD, estando el tratado en pleno vigor y como una norma de jerarquía superior a los códigos civiles, no se está aplicando en lo concerniente al ejercicio de la capacidad de actuar de la persona con discapacidad. De acuerdo con el equipo de coordinación del informe, Molina Toledo; Astorga Gatjens y Gómez Motta, el informe tiene como propósito ofrecer insumos y apoyar el desarrollo o fortalecimiento de organizaciones, o ambos, conformadas estas por personas con discapacidad psicosocial. Esto para que sean las que lideren los procesos transformadores, en estrecha alianza con todos los sectores interesados en el

tema, ya sea que provengan de la sociedad civil, del sector público o del sector privado, o de organizaciones internacionales; para que las personas con discapacidad psicosocial sean las protagonistas de un proceso liberador y justiciero, que haga que sus derechos humanos y su dignidad como personas sean debidamente reconocidos y aplicados, tanto en la norma jurídica como en la realidad cotidiana de los países de la región.

2.3 Proceso de interdicción / insania

Conforme con Ana Ester Solís Umaña y Róger Valderrama, 1985, el juicio de Interdicción: análisis médico-legal y jurídico, la “interdicción”, “insania” civil, es el mecanismo o proceso que se sigue en la mayoría de los países de Centroamérica para limitar la capacidad jurídica y de actuar de las personas que por su edad ya cuentan con esos derechos. Es decir, es un proceso que prohíbe a la persona con discapacidad, mayor de edad, actuar en la vía jurídica como un adulto “normal”. Por lo tanto, se menoscaban sus derechos integrales, patrimoniales y civiles bajo la premisa de que su discapacidad mental o física le impide tomar decisiones de manera juiciosa y responsable, por la cual la persona con discapacidad perdía su capacidad de actuar y su capacidad jurídica.

Además, la interdicción tiene su raíz en el Derecho Romano, cuya figura era utilizada como pena contra los delitos contra el Estado, por lo que se daba un

castigo moral por el cual el sujeto perdía múltiples derechos y se le impedía vivir en la ciudad. Conjuntamente, en Roma se aplicaba la institución de “insania”, pero se usaba para intereses privados. La finalidad era la seguridad en los negocios, y con ella se pretendía evitar malas administraciones en el comercio debido a la incapacidad física o mental de una persona. A los individuos insanos se les privaba de la capacidad de actuar y se les nombraba un curador que administrara sus bienes y los representara ante terceros (p.48).

Desde la antigüedad se daban connotaciones orientadas a limitar a las personas con discapacidad. Aun con el pasar de los años la figura prevaleció en los tribunales costarricenses hasta mediados del año 2016, cuando en virtud de la aprobación de la Ley N.º 9379 se eliminan estos procesos.

Bariffi, 2014, indica que “la interdicción se trata en esencia de un procedimiento por el cual se procede a anular o limitar la capacidad de actuar a una persona, nombrando a un representante que le va a suplir en todas o algunas decisiones de su vida. Tradicionalmente, se ha considerado que ciertas discapacidades como la ceguera, sordera, la discapacidad intelectual y la capacidad psicosocial eran (o tal vez continúan siendo) causales de interdicción. La respuesta jurídica que se le ha dado a dichas limitaciones ha sido la de restringir de un modo absoluto la capacidad de actuar de la persona, lo cual denominamos interdicción, en contencioso o insania en diligencias no contenciosas, que comprende todos los aspectos significativos de carácter personal (matrimonio, adopción, comprar, vender, donar, heredar, etc.) del individuo.” (p.14).

Cabe mencionar que Bariffi utiliza el término capacidad jurídica para referirse al ejercicio de los derechos civiles. En Costa Rica esas facultades se dan en la “capacidad de actuar” de las personas. Por tal motivo es importante conocer el manejo de los procesos judiciales mediante los cuales se declaraba el estado de interdicción o insania, para entender las consecuencias jurídicas que estas acarrearán a la autonomía de la persona con discapacidad. Asimismo, importa el conocimiento de los cambios a los que se enfrenta el individuo en el proceso de insania, en virtud de la Convención de Derechos sobre las Personas con Discapacidad y la Ley N.º 9379 para el aseguramiento de la autonomía de la persona con discapacidad.

El artículo 819, inciso 5, del Código Procesal Civil, dice que la parte interesada pide la declaratoria de interdicción mediante las diligencias no contenciosas de insania. Deberá tener claro que la solicitud usualmente no es hecha por la persona en condición de discapacidad. Para la solicitud de interdicción de una persona y para que se declarara la “insania” la parte solicitante debía demostrar al juez una serie de requisitos, enumerados en el artículo 847 del mismo código, en el que describía la “enfermedad”. Con base en esos requisitos, el juez nombraba a un administrador, quien iba a “velar” por los bienes del supuesto “insano”. Una vez revisado y declarado con lugar el caso, el juez designaba a un curador, quien se constituía en dueño y señor de la vida y los bienes de las personas en condición de discapacidad, y a quienes se les conferían la declaratoria de insania y la instauración de la curatela.

Para Pérez Vargas la capacidad de actuar tiene un estrecho vínculo con la subjetividad, es decir, puede existir personalidad jurídica sin que a la persona se le atribuya la capacidad de actuar, como era el caso del menor de edad o de la persona con discapacidad en el antiguo proceso de interdicción y en las diligencias de insania. El vínculo entre la subjetividad y la capacidad de actuar se comprende por el hecho de que de la capacidad de actuar solo puede hablarse en relación con el sujeto de derecho. Para Víctor Pérez existe una dicotomía entre las formas legales y naturales de la capacidad y la incapacidad de actuar.

Los casos de capacidad e incapacidad legal de actuar se refieren a la normativa del efecto jurídico, pues según Pérez-Vargas la capacidad de actuar designa una posibilidad genérica y, en cuanto tal, implica una valoración de comportamiento que jurídicamente solo puede encontrarse en el efecto jurídico. La capacidad legal de actuar depende, en principio, de la aptitud que no puede ser absoluta, pues la regla legal se encuentra fundamentada en una regla de experiencia que en muchos casos puede no encontrar aplicación. De tal falta de adecuación surge el dualismo entre incapacidad legal e incapacidad natural. La incapacidad legal, por su parte, indica una valoración de “no posibilidad” de comportamiento, valoración que se refiere a un efecto jurídico inexistente por faltar sus presupuestos normales. La capacidad legal o la incapacidad legal determinan la validez o invalidez de los actos y negocios jurídicos realizados por el sujeto que se encuentre en uno u otro estado, respectivamente.

Continúa Pérez Vargas diciendo que la incapacidad natural consiste en un estado de hecho (de incapacidad cognitiva o volitiva) que opera cuando el sujeto se encuentra jurídicamente en la situación opuesta, o sea, cuando el sujeto se encuentra en estado de capacidad legal de actuar. La capacidad volitiva y cognitiva tiene relevancia cuando el sujeto se encuentra legalmente en estado de capacidad de actuar. Así, a pesar de ser, por ejemplo, mayor de edad, el sujeto puede carecer de capacidad mental y tal falta de capacidad cognitiva o volitiva es el presupuesto para la declaratoria de insania. "... los hechos o las situaciones psíquicas que determinan la capacidad natural y la incapacidad natural de actuar, y que operan respectivamente, cuando el sujeto se encuentra en una situación jurídica opuesta, de incapacidad legal o de capacidad legal de actuar (que de otro modo perderían todo relieve jurídico en cuanto resultasen absorbidos por la relativa situación jurídica de capacidad de incapacidad legal), desarrollan sus efectos determinando consecuencias jurídicas opuestas a las que producirían las situaciones legales relativas a la capacidad; la incapacidad natural provoca la invalidez o la inimputabilidad del acto, que, encontrándose el sujeto en estado de capacidad legal, debería ser válido o imputable" (p.108-109).

En Costa Rica la figura de la curatela se encuentra normada en el Código de Familia, en su artículo 230, y, de conformidad con lo establecido por Pérez Vargas, es un instituto designado para la protección de intereses de un sujeto declarado en sentencia judicial como incapaz. Eso se aplica a personas físicas mayores de edad con discapacidad mental, sensorial o física, que no pueden -en

razón de su discapacidad- atender sus derechos patrimoniales o intereses personales, como administrar bienes o contraer obligaciones. En tal caso la voluntad del individuo se sustituye por la de quien lo representa, su curador. Pérez Vargas dice que “el carácter propio de la curatela es el de constituir en una forma una representación legal” (p.132).

De acuerdo con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 11516 del 21 de diciembre del 2002, la curatela tiene su fundamento en el numeral 51 de la Constitución Política, ya que esta procura la protección de la persona que no puede valerse por sí misma, y es la curatela una protección especial para las personas inhábiles por no tener esta capacidad jurídica ni de actuar plena. Pérez Vargas establece que la capacidad es un término que hace referencia a las cualidades intrínsecas y abstractas del sujeto.

De conformidad al Código Procesal Civil, la curatela es el medio para pedir el nombramiento o la remoción de un curador para una persona declarada incapaz. El proceso de insania se encuentra normado en el Código Procesal Civil, en los artículos del 867 al 870, y es según este que se nombrará al curador que va a representar a la personas con discapacidad para todos los actos o contratos que deseen realizar.

El artículo 231 del Código de Familia establece quiénes son las personas que pueden solicitar la declaratoria de interdicción o diligencias de insania, a saber, el cónyuge y los parientes que tendrían derecho a la sucesión intestada establecidos

en el artículo 572 del Código Civil. Por su parte, el numeral 232 del Código de Familia dicta que “la interdicción debe ser declarada en juicio y probados los hechos que la motivaron”. Villareal y Álvarez indican que, en virtud de los requisitos del numeral 847 del Código Civil, queda constatado el contenido médico del proceso de insania, que asimila la discapacidad con enfermedad cuando ya se estableció que la discapacidad es el resultado de la interacción de la persona y de las condiciones de su entorno.

Así mismo, mencionan que una vez declarada la interdicción la persona con discapacidad perdía todos sus derechos civiles y patrimoniales, y estos eran trasladados al curador, quien podía disponer y tomar decisiones sobre la vida y el patrimonio de la persona en condición de discapacidad, sin tomar en cuenta la opinión de esta. La figura de la interdicción existe desde tiempos muy antiguos. Nace en el Derecho Romano, como ya se relató en la explicación de los paradigmas. La edad, el sexo y la discapacidad eran condiciones que limitaban la capacidad de actuar y los derechos patrimoniales de las personas. A los juristas romanos lo que realmente les importaba era la regulación de todo lo concerniente a los derechos patrimoniales y no a la persona, con lo cual se dio la creación de la figura de la curatela (p.178).

De acuerdo con el Dr. Sergio Ramírez Acuña, en su libro **Derecho de Familia**, el principio general que opera en cuanto a la figura de la curatela es que la capacidad mental se presume, según lo dispone el artículo 36 del 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 limita conforme a la ley por su estado civil, su capacidad volitiva o cognitiva o su incapacidad 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 y circunstancias por las cuales niegue la ley esa capacidad”.

Ramírez Acuña apunta que, de conformidad con los artículos anteriores, en todo acto jurídico se presume la habilidad o aptitud del sujeto que lo realiza, así como su madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias, y esto es lo que se considera como lucidez mental, el estado de la persona física, que le permite discernir acerca de las consecuencias futuras del acto que llevó a cabo. Pero sucede que en ocasiones una persona tiene disminuida o nula su capacidad volitiva o cognitiva, ya sea por una deficiencia de índole mental o de orden físico que para uno u otro caso afecta su voluntad.

Para Ramírez Acuña, cuando se hace referencia a que alguien está incapacitado, no solo se hace referencia a quien jurídicamente se presume en estado de incapacidad, sino también a cualquiera que de hecho sufra una alteración en

forma permanente o transitoria, una alteración psíquica o física que le impida entender de manera idónea lo que hace. Por medio de la curatela se le puede nombrar a la persona que no está en condiciones de ver sus propios negocios un representante que se haga cargo de administrar dichos asuntos: un curador.

En cuanto a este tema, cita Ramirez Acuña la sentencia de la Sala II del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y uno:

“ (...) en lo tocante a la incapacidad física como motivo o causa de falta de capacidad de actuar, solo puede apreciarse en los casos en que expresamente resulten de la ley. Esta toma en cuenta aspectos físicos y establece, en esos supuestos, la presunción absoluta de incapacidad de obrar, como por ejemplo en : la edad, por razones de madurez de la capacidad Volitiva; la sordomudez, cuando el sordomudo no sabe leer ni escribir; el caso del ciego, para hacer testamento cerrado, aspecto este último que se cita, sin perjuicio de las interpretaciones que puedan darse al texto en tiempos actuales; y la incapacidad natural (enfermedad mental o física que le impide a la persona atender sus propios intereses, que se refleja en la interdicción, que necesariamente, para producir tal efecto, debe estar declarada (Artículos 41 de Civil y 2017 a 219 del Código de Familia), lo que ha de hacerse previa demostración de ese estado de hecho, en las vías señaladas por la ley (contenciosa de interdicción, no contenciosa de insania, ambas del código Procesal Civil) y dará lugar a la curatela en la que se tomaran las medidas que correspondan para la debida atención de los intereses del interdicto...”

Así mismo, el Tribunal de Familia, en sentencia N.º 592 del diez de mayo del dos mil seis, resolvió: “La figura del curador busca precisamente proveer al insano de un representante legal no solo para administrar sus bienes sino para el cuidado integral del insano”.

El proceso de insania está previsto en el Código Procesal Civil como un asunto de actividad judicial no contencioso, es decir, es un proceso en el que no existen intereses opuestos entre las partes; así previsto en el numeral 819 del mismo código: Artículo 819: Casos que comprende. Se sujetarán al procedimiento establecido para la actividad judicial no contenciosa los siguientes casos: 4) Insania.

La Sala Segunda, en su resolución N.º 88 de las 11 horas del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, expresa “si bien es cierto el proceso de insania se relaciona con la incapacidad de la persona, el mismo tiene como finalidad la curatela y, en consecuencia, su conocimiento compete a los tribunales de familia, la insania es un procedimiento previsto como actividad judicial no contenciosa”.

De acuerdo con Ramírez Acuña, la jurisprudencia ha deslindado la diferencia entre la declaratoria de interdicción y la insania, siendo la primera necesaria cuando hay oposición de partes y la segunda cuando no la hay, cualquiera que fuere el caso serían los juzgados de familia a los que les corresponde pronunciarse respecto de la interdicción o de la insania. “... la incapacidad natural se refleja en la interdicción que, necesariamente, para producir tal efecto debe estar declarada

(...), lo que ha de hacerse previa demostración de ese estado de hecho en las vías señaladas por la ley (no contenciosa de insania, artículo 824 del Código Procesal Civil) ,y que dará lugar a la curatela, en la que se tomarán las medidas que correspondan para la debida atención de los intereses del interdicto”. (Sala II, resolución de las nueve y treinta horas del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y uno)

Advierte Ramírez acuña que para que el juez de familia proceda con la curatela es necesario realizar antes el proceso de insania o interdicción, el cual se efectúa para verificar judicialmente el estado de “demencia” que lleva implícita la interdicción del insano, es decir, la declaración de su incapacidad civil, o bien, para reafirmar la plena capacidad del presunto enfermo. Además, mediante este proceso se busca proteger a la persona y sus bienes y se persigue, además, un interés público, que es esclarecer la aptitud del presunto insano para dirigir sus acciones, tomando en cuenta que todo lo referente a la capacidad y el estado de las personas es una cuestión de orden público que priva sobre el interés particular”.

Esta posición fue abordada por el Tribunal de Familia en la sentencia N.º 48 de las nueve y cincuenta del veintidós de enero del dos mil seis:

“Para el cumplimiento de dichos principios garantistas, es necesario que, teniendo presente disposiciones como las transcritas, cumplamos el procedimiento establecido en cuanto a constatar la capacidad procesal

contenido en el artículo 102 del código procesal civil y para ello debe existir una declaratoria de Insania (llamada Curatela en el Código de Familia), como fase previa que permita designar a quien va a representar los intereses de la persona con discapacidad.”

Dentro del proceso de insania la persona con discapacidad es representada por un curador procesal, quien actuará solo durante el proceso porque el curador definitivo sería nombrado después, si es que el proceso de insania así lo determinara.

De acuerdo con el procedimiento de insania, el Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial debe examinar al presunto insano y emitir un dictamen en el cual debe señalar:

- El carácter propio de la enfermedad
- Los cambios que procedan mientras dure la enfermedad
- Si es curable o no y su duración
- La forma en que la enfermedad afecta al enfermo en cuanto a su comportamiento social y a la administración de sus bienes
- El tratamiento idóneo

El Tribunal de Familia, en la sentencia N.º 1700 de las once horas del veinticuatro de octubre del dos mil seis, dicta:

“ ... la figura del curador se torna de suma relevancia en estas diligencias, a tal punto que inclusive está obligado a promover la rehabilitación del Insano

(Doctrina del artículo 235 de 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 lo 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 representante para que, precisamente asuma las diversa labores señaladas en la ley, en particular la de administración de bienes de la persona declarada en estado de insania”.

Así mismo, indica el mismo Tribunal:

“... la Insania está incluida dentro del cuadro a situaciones a tramitar en la actividad judicial no contenciosa, donde se pretende se declare la incapacidad de una persona para hacerse Cargo de sus bienes e intereses. Debe recordarse que el artículo 851 del Código Procesal señala: “... El juez resolverá si declara o no el estado de incapacidad. Si resuelve con lugar designará al curador que corresponda según el código de familia, con lo que cesara la administración provisional...” Aquí hay un aspecto sumamente importante que se ha de sistematizar para contar con los mecanismos coherentes, y que es, Si dentro del proceso de insania se va nombrar un curador; deben integrarse a la regulación de la insania, los trámites propios de la curatela regulados tanto en el Código de Familia

como en el Código Procesal Civil... Y nada obsta que la misma resolución en que se declara la insania, se nombre el curador; ellos por economía procesal, razonabilidad y proporcionalidad". (N.º 910 de las ocho horas del veintisiete de junio del dos mil tres)

Explica Ramírez Acuña que la legitimación activa para establecer el proceso de insania la tienen los cónyuges y parientes llamados a la sucesión intestada. El artículo 572 del Código Civil dispone el siguiente orden: los hijos, los padres, el cónyuge o conviviente, los abuelos y los demás ascendientes; los hermanos y los sobrinos. Cuando se ejerce la curatela de una persona que tiene hijos menores se ejerce simultáneamente la tutela de estos hijos. Además, agrega que en cuanto a los tipos de curatela existen dos, la legítima y la dativa. En la curatela legítima, artículo 236 del Código de Familia, el juez llama en primera instancia al cónyuge, quien es el curador legítimo y forzoso de su consorte, a menos que estén separados de hecho o de derecho.

En la curatela dativa el juez nombra como curador a cualquier tercero que esté en condiciones de representar al "insano".

El director ejecutivo del CONAPDIS, el licenciado Francisco Azofeifa Murillo, al solicitar información a la Unidad de Asesoría Jurídica (DE LA A.L) sobre el proyecto de ley expediente N.º 17.305, que dio vida a la Ley N.º 9379, manifiesta que en la actualidad la curatela sigue siendo eminentemente patrimonial, en el sentido de que esta figura se aplica si la persona con discapacidad tiene o va a

adquirir bienes o dinero, o ambos, de lo que se desprende que con la curatela no se busca el apoyo integral para el desarrollo de la dignidad humana de las personas con discapacidad.

Así mismo, indica que la declaratoria de insania implica la sustitución total y permanente de la persona sometida a esta figura, en razón de que al no encontrarse estas figuras acordes con el paradigma de abordaje de la discapacidad desde los derechos humanos, no son figuras que, tal y como lo exige la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley N.º 9379, faciliten el ejercicio de los derechos.

El proceso legal necesario para la declaratoria de insania se sustenta en argumentos médicos, sin que se valore la situación en concreto y obviando el momento y el nivel de apoyo que realmente requiere la persona.

Azofeifa Murillo adiciona que la terminología que se utiliza en el proceso legal de insania o curatela es contraria a los derechos de la persona con discapacidad, pues al referirse a esta población esto se hace con palabras hasta ofensivas, como llamarlos insanos, incapaces, inhábiles, anormales, etc.

De acuerdo con la opinión legal sobre el artículo 12 de la CDPD, emitida por eminentes especialistas en discapacidad que formaron parte del Caucus Internacional en el proceso de la convención, Azofeifa Murillo cita: "... la noción de capacidad jurídica incluye dos componentes: la capacidad de ser titular de

derechos y la capacidad de obrar y ejercer el derecho, que abarca la capacidad de acudir a los tribunales en caso de afectación de esos derechos”.

Para Azofeifa Murillo ambos elementos son esenciales en el concepto de capacidad jurídica. Frente a ello, indica, “el derecho internacional de los derechos humanos, que ha sido empleado con frecuencia para cuestionar la legislación nacional de carácter discriminatorio, incluye en la noción de capacidad jurídica tanto la titularidad como la posibilidad de ejercicio de los derechos”.

Por ello, en virtud de la Ley N.º 9379, este apartado del Código Procesal Civil queda derogado, eliminadas la figura de la interdicción y las diligencias de insania, así como el artículo 230 del Código de Familia, que desestima la figura de la curatela tomando en cuenta el nuevo paradigma, dado que la persona con discapacidad recobra su capacidad de actuar por medio de la salvaguardia, el garante para la igualdad jurídica y el asistente personal humano.

2.4. Salvaguardia para la igualdad jurídica

El Código Procesal Civil y el Código de Familia tienen un fuerte impacto en razón de la creación de la Ley N.º 9379, ya que esta viene a derogar figuras importantes, como son la declaración de interdicción, las diligencias de insania y la figura de la curatela, para así a instaurar la figura del garante por medio de la salvaguardia para la igualdad jurídica.

De conformidad con la Ley N.º 9379, la salvaguardia constituye 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 ley establece que la salvaguardia ayuda a personas con discapacidad a no sufrir abusos, de conformidad con los derechos humanos, o influencias indebidas, en detrimento de su calidad de vida. Por eso, como lo indica la Ley N.º 9379, debe fundamentarse en el respeto a los derechos, la voluntad, las preferencias y los intereses de la persona con discapacidad; además de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona.

De conformidad con las reformas hechas a la Ley para la Promoción de la Autonomía de la Persona con Discapacidad, se derogan los artículos 868, 869 y 870 de la Ley N.º 7139, Código Procesal Civil.

Se reforman el artículo 819 de la Ley N.º 7130 para que su texto diga: “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.”

En la Ley N.º 9379 también se reforma el epígrafe del capítulo IV del título segundo del libro IV de la Ley N.º 7130 “Insania”, en cuyo caso el texto dirá:

“Salvaguardia para la Igualdad jurídica de las personas con discapacidad”.

Con base en la reforma, en la solicitud de la salvaguardia se deberá cumplir con 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 indicará: su nombre y calidades, así como las de la persona que solicita la salvaguardia, y el parentesco o relación que lo vincula con la personas con discapacidad.
- 3) Las razones que motivan de hecho y de 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”.

De conformidad con el artículo 5 de la ley en análisis, la salvaguardia se establece para garantizar a la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y obligaciones, sin que haya una influencia indebida. Siempre garantizando el respeto a su voluntad y preferencias.

En el proceso de salvaguardia se procederá de conformidad con lo establecido en la Ley N.º 7130 y la persona que el juez o jueza designe para la igualdad jurídica se denominará garante.

Así mismo, la Ley N.º 9379 se refiere en su artículo 10 a la valoración de la salvaguardia, en el cual se establece:

“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, excepcionalmente, en virtud de una limitación funcional, a la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite indicar la persona de su preferencia, el juez o jueza valorará como opción para que ejerzan la salvaguardia a los familiares de la persona con discapacidad; y será el Juez quien deberá garantizar que la persona que ejerza la salvaguardia sea la más idónea, moral y ética”.

Por lo anterior, para el establecimiento de la salvaguardia el juez deberá analizar previamente los siguientes requisitos, de conformidad con el artículo 851 de la Ley N.º 7130:

- 1) Dictamen médico presentado por la parte solicitante
- 2) Dictamen médico del Departamento de Medicina Legal del OIJ
- 3) El informe de Trabajo Social.
- 4) La entrevista con la persona con discapacidad.

Así mismo, resolverá si la persona que solicita o a la que se le solicita la salvaguardia la requiere. Si resuelve con lugar, designará al garante para la igualdad jurídica, con lo que cesará la salvaguardia provisional.

De acuerdo con la Ley N.º 9379 se exige que el establecimiento de la salvaguardia se comunique al Registro Público de la Propiedad para su respectiva anotación en los bienes muebles e inmuebles presentes y futuros que son o vayan a ser propiedad de la persona con discapacidad. A la luz de las disposiciones transitorias de la Ley N.º 9379, quien sea curador pasará de inmediato a ser garante de la igualdad jurídica.

En la sentencia **NÚMERO: 577-2016** del Juzgado de Familia de Desamparados, de las diez horas del dieciocho de noviembre del año dos mil dieciséis se expone:

“...Ley crea el proceso de salvaguardia para la igualdad jurídica con el fin de 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 y, para ejercer la salvaguardia, se crea la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

Por si no fuera suficiente, la propia Ley indica que se rige por todos los principios que establece la Ley N° 8661, es decir, la Ley que aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad del año 2008 pero además, en forma expresa indica que el paradigma de abordaje de la discapacidad desde los derechos humanos cambió a partir de la Ley N° 8661, es decir, el modelo de la

muerte civil y dispone que el nuevo modelo, se centra en la dignidad intrínseca del ser humano, valorando las diferencias pero además, transforma la visión de la persona con discapacidad para ya no simplemente verla como objeto de sobreprotección y/o lástima sino, para observarla y tratarla como sujeta de derechos y obligaciones. Con ese fin, la Ley introduce el concepto de salvaguardia como instituto jurídico que consiste en □ 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 abusos, de conformidad con los derechos humanos, y/o de influencias indebidas, en detrimento de su calidad de vida. Ahora bien, como contrapeso, la Ley establece también que el diseño e implementación de las salvaguardias debe fundamentarse 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, aplicarse en el plazo más corto posible y estar sujetas a exámenes periódicos, por parte de autoridad competente, independiente, objetiva e imparcial. Por eso advierte el tribunal que las salvaguardas deben ser aprobadas por la persona con discapacidad y nunca impuestas a esta.

Como complemento, esta nueva legislación recoge lo que ya había quedado claro desde las Normas Uniformes, es decir, que el concepto discapacidad no puede ser una camisa de fuerza sino que, es un 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. Además, esta legislación afirma

que el derecho a la autonomía personal, comprende también el acceso efectivo a productos y servicios de apoyo: dispositivos, equipos, instrumentos, tecnologías, software y todas aquellas acciones y productos diseñados o disponibles en el mercado para propiciar esa autonomía. Además, tales productos y servicios de apoyo, pueden ser costeados por medio del Programa de Autonomía Personal y, la Unidad de Autonomía personal y Vida Independiente establecerá una lista taxativa de productos y servicios de apoyo, que se actualizarán cada año, para establecer cuáles productos y servicios se costearán, así como la función a cumplir de dicho producto o servicio de apoyo, incluyendo el gasto derivado del mantenimiento de animales de asistencia, siempre que la persona usuaria cumpla los criterios de beneficio que establece la Ley.

La Ley establece que la salvaguardia establecida por sentencia firme o de manera provisional, debe ser revisada pues de lo contrario, los mecanismos o garantías y efectivas establecidos en el ordenamiento jurídico para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las personas con discapacidad, se convertirían en una camisa de fuerza o incluso, revivirían el modelo de muerte civil. Así, la revisión de la salvaguardia puede ser efectuada en cualquier momento e incluso, de manera oficiosa.

Por último y no menos importante, la Ley que se analiza, por fin deroga la normativa existente en el Código Procesal Civil sobre la curatela así como, la figura del curador provisional y especialmente, deroga los artículos 231 y 241 del Código de Familia normas que sustentaban en la legislación ordinaria, el modelo de muerte civil- y, reforma el artículo 230 del Código de Familia así: Para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las

personas mayores de edad 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 Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad y en el Código Procesal Civil. En otras palabras, por fin una Ley ordinaria materializó lo que ya era evidente desde las Normas Uniformes, la Ley N°7.600, la Convención Interamericana sobre Discapacidad y, la Convención de los Derechos de 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□ pero además, entendiendo que el diseño e implementación de las salvaguardias debe fundamentarse 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, aplicarse en el plazo más corto posible y estar sujetas a exámenes periódicos, por parte de autoridad competente, dependiente, objetiva e imparcial . Entonces, como el derecho al desarrollo integral de las personas con discapacidad es de interés público”.

La figura del garante nace en virtud del nuevo proceso de salvaguardia para asegurar la igualdad jurídica de las personas con discapacidad. Con base en la Ley N.º 9370 el garante de la igualdad jurídica es una persona mayor de edad que

actúa para asegurar el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica que les confiere la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, a quienes les garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de esos derechos y obligaciones.

Para ello en su artículo 11 la ley establece las responsabilidades del garante:

“La persona garante para la igualdad jurídica tendrá, para con la persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, las siguientes obligaciones:

a) No actuar sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona con discapacidad.

b) Apoyarla para la protección y la promoción de todos sus derechos, especialmente el derecho de la persona con discapacidad en edad a contraer matrimonio, a casarse y a fundar una familia, sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges, y a tener acceso a informarse y educarse sobre reputación y planificación adecuada para su edad.

c) Asistirla en la toma de decisiones en los ámbitos legal, financiero y patrimonial, de manera proporcional y adaptada a la condición de la persona a la que asiste.

d) Garantizar que la persona con discapacidad tenga acceso a la 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 aplicable a solicitud de la misma persona con discapacidad, o cuando sea necesaria e imprescindible para la preservación de su vida o integridad física.

e) Garantizar y respetar los derechos, la voluntad, las preferencias, las habilidades y las capacidades de las personas con discapacidad.

f) Brindar apoyo a la persona con discapacidad en el ejercicio de su maternidad o paternidad, y velar siempre por el resguardo del interés superior del niño y la niña, lo mismo que apoyarla en las gestiones necesarias de solicitud de apoyo estatal para estos fines, cuando lo requiera.

g) No ejercer ningún tipo de presión, coerción, violencia ni influencia indebida en el proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad.

h) No dar consentimiento informado en sustitución de la persona con discapacidad.

i) No permitir que la persona con discapacidad sea sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

j) No permitir que la persona con discapacidad sea sometida a experimentos médicos o científicos sin que para este último caso esa persona haya brindado su consentimiento libre e informado.

k) La privacidad de la información personal, legal, financiera, de salud, de rehabilitación, de habilitación y demás datos es confidencial de la persona con discapacidad.”

Por último, la nueva normativa se integra a la nueva norma procesal civil que será aplicada en el año 2018, la cual en el artículo 19 del nuevo Código Procesal Civil establece la capacidad procesal y la representación. Dicho texto dice: “Tendrán capacidad procesal quienes conforme a la ley posean capacidad de actuar. Quienes conforme a la ley no tengan capacidad procesal gestionarán, por medio de sus representantes o de las personas autorizadas, según la ley, sus estatutos o la escritura social. Los representantes deben demostrar su capacidad procesal desde su primera gestión.”

Como se observa, esta normativa modifica los términos para referirse a personas con discapacidad como personas con capacidades especiales, con lo que se marca un cambio parcial en el nuevo paradigma.

2.5 Actividad judicial no contenciosa y función notarial

La actividad procesal no contenciosa está contemplada en el libro IV del Código Procesal Civil. Para el análisis que requiere esta investigación aquí se hace referencia únicamente a lo relativo a las diligencias de insania y a la curatela; así como al acceso a la función notarial, ya que será el notario público quien podrá tramitar estas diligencias, como son el matrimonio, el divorcio, la enajenación de bienes (en el caso de “incapacitados”), las sucesiones, entre otras.

El Reglamento para la Tramitación Notarial de Procesos de Actividad Judicial no Contenciosa, en su artículo 17 establece claramente una contraposición a la normativa en estudio, al disponer los tipos de procesos permitidos por ley para tramitarse en sede notarial, y establece que “los expedientes podrán trasladarse de sede judicial a sede notarial, siempre que todas las partes intervinientes así lo soliciten y siempre que no figuren como interesados menores o como, en lo que interesa en el análisis de esta tesis, “incapaces”. En su primera resolución el notario se arrogará el conocimiento del asunto y ordenará continuar con los procedimientos” (*DIRECTRIZ N° 2001-005*).

Con base en el Reglamento para la Tramitación Notarial de Procesos de Actividad Judicial no Contenciosa, *DIRECTRIZ N.º 2001-005 - Inciso f)*, se establece la competencia para el acceso a procesos de actividad judicial no contenciosa, caso en el cual “el notario perderá la competencia en actividad judicial no contenciosa cuando aparezca como interesado un menor o incapaz, aunque no fuere parte directa en el proceso”.

La actividad judicial no contenciosa es un proceso en el cual se requiere la intervención del juez pero no hay contención entre las partes del proceso. Sin embargo, las personas con discapacidad que no podían ejercer sus derechos o tener acceso a la función notarial, en razón de su discapacidad, tenían que ingresar primero al proceso de las diligencias de insania para que les fuera nombrado un curador. (Artículo 819, Código Procesal Civil, Costa Rica, libro IV)

Los procesos de actividad judicial no contenciosa se pueden dar siempre y cuando no exista oposición de ninguna de las partes. Estos procesos están diseñados para proteger los derechos patrimoniales y civiles de las personas con discapacidad. Así las cosas, una vez nombrado el curador este podía hacer uso de la función notarial para procesar y continuar con la administración de los derechos civiles y patrimoniales de la persona declarada insana.

De conformidad con el acta 22-2015 del Consejo Superior Notarial, sesión ordinaria celebrada el 22 de agosto de 2015, se establece que de conformidad con el artículo 21 del Código Notarial, la Dirección Nacional de Notariado es "...el órgano rector de la actividad notarial y tendrá competencia exclusiva para regular a todos los notarios públicos activos..."

El artículo 22, inciso i), del citado código, dispone que le corresponde a este Consejo Superior Notarial "... emitir los lineamientos y las directrices de acatamiento obligatorio para el ejercicio del notariado y todas las decisiones relativas a la organización, supervisión, control, ordenamiento y adecuación del notariado costarricense..."

Así mismo, indica que es un deber de la Dirección Nacional de Notariado el avalar prácticas acordes con el ordenamiento jurídico en el ejercicio del notariado, por lo cual los artículos 3, 4, 5 y 10 del Código Notarial establecen la facultad y las condiciones para que la Dirección Nacional de Notariado habilite a los notarios públicos.

Con base en el actual Código Notarial, las funciones de dirección y emisión de políticas y directrices de la Dirección Nacional de Notariado estarán a cargo del Consejo Superior Notarial, conformado por cinco personas propietarias. Se designará, además, a una persona suplente por cada propietaria. Este Consejo estará integrado por representantes que posean el título de abogado y notario público, de las siguientes instituciones: a) Un representante del Ministerio de Justicia y Paz, b) un representante del Registro Nacional, c) un representante de las universidades públicas nombrado por el Consejo Nacional de Rectores (Conare), con experiencia docente en materia notarial y registral de por lo menos diez años; d) un representante de la Dirección General del Archivo Nacional del Ministerio de Cultura y Juventud; e) un representante del Colegio de Abogados de Costa Rica. El Consejo elegirá, de su seno, a un secretario o secretaria y a un presidente o presidenta.

Las atribuciones del Consejo Superior Notarial son las siguientes: ii) Decretar la inhabilitación de los notarios cuando sobrevenga alguno de los supuestos indicados en el artículo 4 del Código Notarial.

El Código Notarial, en su artículo 129, establece la competencia material para los notarios e indica: “Los notarios públicos podrán tramitar la liquidación de sociedades mercantiles cuando la disolución haya sido por acuerdo unánime de los socios, sucesiones testamentarias y ab intestato, adopciones, localizaciones de derechos indivisos sobre fincas con plano catastrado, informaciones de perpetua memoria, divisiones de cosas comunes, de forma material o mediante la

venta pública, distribución del precio, deslindes y amojonamientos y consignaciones de pago por sumas de dinero. El trámite de esos asuntos ante notario será optativo y solo podrán ser sometidos al conocimiento de esos funcionarios cuando no figuren como interesados menores de edad ni incapaces”. (Así reformado por el artículo 14 de la Ley de Impuestos a las personas jurídicas, N° 9024 del 23 de diciembre de 2011).

Así mismo, en el capítulo II Requisitos e impedimentos para ejercer el notariado público, artículo 3.- Requisitos. Para ser notario público y ejercer como tal deben reunirse los siguientes requisitos: a) Ser de buena conducta. b) No tener impedimento legal para el ejercicio del cargo. c) Ser licenciado en Derecho con postgrado en Derecho Notarial y Registral, graduado de una universidad reconocida por las autoridades educativas competentes; además, haber estado incorporado al Colegio de Abogados de Costa Rica al menos durante dos años y, con la misma antelación, haber solicitado la habilitación para ejercer el cargo. (Nota: Véase infra, transitorio VII, sobre la entrada en vigencia de este inciso) (Nota de SINALEVI: La Dirección Nacional de Notariado ha interpretado tácitamente este inciso en su Resolución 1611 del 04 de agosto del 2004, aclarando que el grado académico mínimo para ser notario público es el de especialista en Derecho Notarial y Registral) d) Poseer residencia fija en el país, salvo los notarios consulares. e) Tener oficina abierta al público en Costa Rica, excepto si se trata de notarios consulares. f) Hablar, entender y escribir correctamente el español. Los extranjeros que cumplan con los requisitos

anteriores podrán ejercer el notariado siempre que en su país de origen se otorgue el mismo beneficio a los notarios costarricenses, en igualdad de condiciones.

Siguiendo la misma línea de ideas en el mismo código, en el artículo 4 se establecen los impedimentos para la función notarial: “Impedimentos. Están impedidos para ser notarios públicos: a) Las personas con limitaciones físicas o mentales que las inhabiliten para el ejercicio del notariado, salvo que demuestren, mediante prueba extendida por la Medicatura Forense, su aptitud para desempeñar esta función. e) Las personas declaradas en quiebra, concurso civil o interdicción, mientras no sean rehabilitadas.”

CAPÍTULO III. INSCRIPCIÓN DE LOS NOTARIOS ARTÍCULO 10.-

Solicitud de inscripción. La persona interesada en que se le autorice para ejercer la función notarial deberá solicitarlo por escrito a la Dirección Nacional de Notariado. La solicitud deberá acompañarse de los siguientes documentos: a) El título que lo acredite como abogado inscrito en su Colegio, con dos años en el ejercicio de la profesión. (NOTA: Véase infra, transitorio VII, sobre la entrada en vigencia de este inciso). b) El título de especialista en Derecho Notarial y Registral. (NOTA: Véase infra, transitorio VII, sobre la entrada en vigencia de este inciso). c) La dirección exacta del domicilio y el número de teléfono, facsímil, correo electrónico o apartado postal, si los tuviere. d) La indicación del lugar en donde tiene abierta al público su oficina notarial. e) Una fotografía tamaño pasaporte, reciente y de buena calidad, que deberá agregarse a su expediente. f) Una

declaración jurada del interesado de que no tiene ninguno de los impedimentos señalados en el artículo 4 de este código. g) La cédula de identidad o el documento de identificación, el cual se le devolverá en el acto, una vez que se haya obtenido una copia.

ARTÍCULO 13.- Inhabilitación. b) ... Surja algún hecho que conforme al artículo 4 impida el ejercicio de la función notarial; en tal caso la suspensión se mantendrá mientras dure el impedimento.

ARTÍCULO 31.- Efectos de la fe pública. El notario tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto o contrato jurídico, cuya finalidad sea asegurar o hacer constar derechos y obligaciones, dentro de los límites que la ley le señala para sus atribuciones y con observación de los requisitos de ley. En virtud de la fe pública se presumen ciertas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él.

ARTÍCULO 40.- Capacidad de las personas. Los notarios deberán apreciar la capacidad de las personas físicas, comprobar la existencia de las personas jurídicas, las facultades de los representantes y, en general, cualquier dato o requisito exigido por la ley para la validez o eficacia de la actuación. ARTÍCULO 41.- Condiciones de los testigos. Los testigos instrumentales y los de conocimiento deben ser mayores de edad, saber leer y escribir, así como no tener impedimento legal. ARTÍCULO 42.-

Impedimentos de los testigos. Quienes carezcan de capacidad física o mental para obligarse están absolutamente impedidos para intervenir como testigos instrumentales o de conocimiento.

Como se puede apreciar en la normativa, la función notarial es sumamente importante en virtud de que el Estado traslada la fe pública a un sujeto privado, que es quien va a dar seguridad jurídica ante terceros.

El Tribunal Notarial, en la sentencia N.º 52 - 2002, retomada por el Juzgado Notarial en sentencia N.º 124-2007, menciona:

“...El ejercicio de la función notarial conlleva asistir a los particulares para facilitarles la realización espontánea, pacífica del derecho, y a cuyo alcance el ordenamiento jurídico pone un conjunto de medios y procedimientos técnicos para cumplir con esa función. Esa legitimación de los actos que se llevan a cabo ante el notario público, se afirman en la “fe pública” que el Estado le delega, en razón de su investidura, a éste (...)”

Según Francisco Martínez Segovia la función notarial es “la función profesional y documental autónoma jurídica privada y calificada, impuesta y organizada por la ley (caracteres) para procurar la seguridad, valor y permanencia de hecho y derecho (fines), el interés jurídico de los individuos, patrimonio y extra patrimonial entre vivos y mortis causa, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes y convergentes y en hechos jurídicos, humanos y naturales (objeto material),

mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo (operaciones de ejercicio) confiadas a un notario (medio) subjetivo.”

De acuerdo con Angelo Cavallini Vargas (2002), en su tesis **La fe pública notarial en actos protocolares y extraprotocolares. Efectos de la mala praxis**, la fe pública nació como uno de los medios con que se pretende dar mayor agilidad al tráfico jurídico y dar a la vez seguridad jurídica en la sociedad moderna. La fe pública implica seguridad objetiva, que constituye una garantía de los hechos, situaciones o actos sometidos a su amparo, y tiene valor de verdad para todos y contra todos, e implica certeza en cuanto a que elimina toda duda y produce certidumbre, confiada en la presunción de la verdad.

El notario es el principal actor en lo que a la fe pública se refiere, ya que es la persona a la cual el Estado provee una investidura para poder dar fe de los actos y contratos que a su vista y paciencia se llevan a cabo.

Para José Eduardo Girón, 1999, "el notario es la persona autorizada para dar fe de los actos o contratos que intervienen por ministerio de la Ley o a solicitud de parte". (p.19)

Así mismo, en el voto N.º 00040 de las 8 horas 30 minutos del 24 de febrero del 2000, del Juzgado Notarial, se afirma:

“... es claro que el notario es un “autómata fedatario”, pues debe asegurarse de la legalidad e idoneidad del acto que autoriza, conforme a los

requerimientos que la ley establece para cada caso en particular, en atención, además, al correcto y leal ejercicio de la función asesora, pues el notario está obligado no solo con quienes solicitan sus servicios sino también respecto de toda la comunidad”.

De conformidad con lo anterior, los deberes y obligaciones del notario le exigen a este prestar el servicio en el momento en que se requiere y a solicitud de la parte interesada, sin sujeción a horario, como lo indica el artículo 6 del Código Notarial. “... solo puede negarse por causa justa, moral o legal”.

Para el jurista Iván Palacios Echeverría (1992) la fe pública se define como “la potestad del notario de asegurar la verdad de hechos y actos jurídicos que le consten y que deben tenerse como ciertos mientras no se demuestre su falsedad”.

2.6 Ley N.º 9379. Garantía de la autonomía

Con base en el voto 404-2015 del Tribunal de Familia de San José de las quince horas con dieciséis minutos del treinta de abril del 2015, a raíz de la Convención, se instaura de manera histórica en Costa Rica la asistencia personal, y se declaran sin lugar las diligencias de insania, por lo que no se designa a un curador.

El trámite de insania aludido en el voto tiene como propósito decidir si se declara o no el estado de incapacidad, mediante el cual, de declararse con lugar, se designará al curador que corresponda conforme con el Código de Familia. Así lo estipula el artículo 851 del Código Procesal Civil. Por Ley N.º 8661 del 19 de agosto del 2008, publicada en La Gaceta N.º 187 del 29 de setiembre del mismo año, se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y también su respectivo Protocolo. La experta del Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial puso en evidencia el cambio paradigmático que trae esta nueva convención y que obliga a realizar los ajustes legislativos; pues el modelo de sustitución que contiene la normativa tradicional, como son los casos de insania y curatela debe ser superado y mutado a un modelo de apoyos. La autora María Soledad Cisternas, en su artículo "Las obligaciones internacionales para los Estados partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculos con el artículo 13 e impacto en el derecho interno", concluye con las siguientes ideas que a juicio de la integración del Tribunal de Familia pueden coincidir con lo que ocurre también en el ordenamiento, conforme lo ha dispuesto la Sala Constitucional en general. Dice la citada autora que "según el derecho internacional público y la doctrina, las disposiciones de un tratado de derechos humanos tienen rango constitucional o supraconstitucional". En consecuencia, tienen la facultad de derogar *ipso jure* normas legales contrarias al pacto. Ello ocurre particularmente con la derogación de normas legales internas relativas a incapacidades, interdicciones, tutelas y curatelas, tratándose de personas con discapacidades. La CDPD impera a la reinterpretación y profundización jurídica y

filosófica del principio *pro homine*. Actualmente dicho principio da sustancia y soporte a la normativa que aplica la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, tanto en el goce como en el ejercicio de los derechos. Por lo mismo, aquel no puede argumentarse como base para una seudoprotección que anule a la persona. Según la autora, vale decir, en el siglo XXI, que el centro del principio *pro homine* ha dado un vuelco para una correcta interpretación. Las disposiciones de un tratado de derechos humanos son autoejecutables. Eso se aplica especialmente a disposiciones como la indicada en el artículo 12 de la CDPD sobre igual reconocimiento como persona ante la ley, capacidad jurídica plena y en el artículo 13 sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, lo cual constituye los segmentos axiológicos de las respectivas normas. A mayor abundamiento, tratándose ambos casos de derechos civiles, no se encuentran sujetos al cumplimiento progresivo que se relaciona con los derechos sociales, económicos y culturales. En otras palabras, igual reconocimiento como persona ante la ley, capacidad jurídica plena y acceso a la justicia son obligaciones de cumplimiento inmediato. Sobre la base de la doctrina jurídica, advierte la autora, el “no cumplimiento” de las citadas prescripciones en su rango operativo podrá abrir la opción a reclamar la inconstitucionalidad por omisión, si en el ámbito nacional no se adoptan las medidas legales y de otra índole para la aplicación de estos artículos, particularmente tratándose de sistemas de apoyo gradual para la manifestación de voluntad, salvaguardias y ajuste de procedimientos. (Voto 404-2015 de las 15

horas con dieciséis minutos del treinta de abril del 2015, Tribunal de Familia de San José, CR).

2.7 Hipótesis

Esta investigación carece de hipótesis por ser cualitativa, ya que lo que se pretende es descubrir los alcances de la Ley N.º 9379 en cuanto a la actividad judicial no contenciosa y descubrir cuáles son las posibilidades que tienen las personas con discapacidad en dichos procesos frente a la garantía que proporciona dicha ley.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1 Tipo de investigación

Según el autor Roberto Hernández Sampieri, 2010, la investigación cualitativa se enfoca en comprender y profundizar en fenómenos en su contexto natural, y busca comprender la perspectiva de las personas acerca del fenómeno que se está investigando. Por ello, esta investigación es cualitativa ya que se hace un análisis de la normativa para ver de qué manera incide la Ley N.º 9379 en los procesos de actividad judicial no contenciosa, para luego establecer los alcances que esta tiene.

3.1.1 Finalidad

Esta investigación tiene una finalidad teórica, dado que partiendo del análisis jurídico busca evaluar el alcance de la Ley N.º 9379 en cuanto a la actividad

judicial no contenciosa y a la función notarial, así como analizar la figura del garante.

3.1.2 Alcance temporal

En cuanto al alcance temporal, se considera que este estudio es de tipo transversal ya que se realizará a partir de la entrada en vigor de la Ley N.º 9379 en agosto del 2016 hasta la actualidad, y se enfoca primordialmente en la naturaleza de la norma como instrumento garantista de la autonomía de las personas con discapacidad, sin evaluarse la aplicación de esta norma en el tiempo de su vigencia.

3.1.3 Marco de la investigación

El estudio que se realiza se considerará micro, porque es un estudio realizado en una muestra, partiendo de que se refiere únicamente a los procesos de actividad judicial no contenciosa de insania, y a la función notarial relacionada con las

personas con discapacidad, partiendo del análisis jurídico y del punto de vista de las personas entrevistadas.

3.1.4 Condición en la que se hace la investigación

Se realizará un estudio jurídico del impacto de la Ley N.º 9379 en los procesos de actividad judicial no contenciosa, para medir la autonomía de las personas con discapacidad en virtud de la entrada en vigor de la mencionada ley, como resultado de la ratificación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, recurriendo a crear casos hipotéticos en entrevistas de carácter semi-estructurado.

3.2 Carácter de la investigación

3.2.1 Exploratoria

Esta es una investigación de tipo exploratorio, dado que la Ley N.º 9379 es relativamente reciente. Se analiza el impacto de esta ley en cuanto a la actividad judicial no contenciosa, que ha sido poco o nada mencionada en la ley con respecto a la autonomía consagrada en dicha normativa y en los reglamentos existentes para la tramitación de estos procesos.

3.2.2 Retrospectiva

Se realizará un análisis considerando los antecedentes y el manejo de las personas con discapacidad en Costa Rica, lo mismo que la evolución de dichos procesos judiciales en virtud de la creación de la Ley N.º 9379.

3.2.3 Correlacional

Se estudia la relación entre el proceso de interdicción o insania y la garantía de la autonomía de las personas con discapacidad establecida en la Ley N.º 9379.

3.2.4 Evolutiva

Estudia la tramitación de procesos de actividad judicial no contenciosa a lo largo del tiempo, e identifica los cambios que este sufre en razón de la entrada en vigor de la Ley N.º 9379 y los futuros procesos.

3.3 Naturaleza

Este estudio es de tipo cualitativo relativo a la percepción de conceptos jurídicos. Es un análisis de la eficacia de la Ley N.º 9379 y del impacto de esta en los procesos de actividad no contenciosa, partiendo de conceptos sociales jurídicamente vinculados con la Ley.

3.4 Sujetos y fuentes

3.4.1 Sujetos

En el proceso de investigación se consultará a varias personas vinculadas específicamente con el tema, entre ellas a las siguientes:

Licenciada Mariana Villareal, Consejo Nacional Personas con Discapacidad.

Lic Carlos Barrantes: Fundación Centro de Vida Independiente Morpho

M.Sc. Mauricio Chacón, juez del Tribunal de Familia, San José.

Contralora de Servicios, Licda. Patricia Flores Solerti, Dirección Nacional de Notariado.

3.5 Fuentes

3.5.1 Fuentes de primera mano

Se considerarán como fuentes primarias las entrevistas realizadas a los expertos en relación con la Ley N.º 9379, así como la normativa vinculante en la aprobación de la ley N.º 9379 - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley N.º 7134 - Código Procesal Civil, Código Notarial, Reglamento para la tramitación de procesos de actividad judicial no contenciosa.

3.5.2 Fuentes de segunda mano

Serán considerados fuentes secundarios los libros referentes a leyes relativas a la discapacidad desde el punto de vista jurídico, tesis referentes a la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, tesis doctoral del señor Francisco José Barrifi; así como artículos o revistas que proporcionen un análisis.

3.5.3 Fuentes de tercera mano

Datos estadísticos de la Organización Mundial de la Salud, ONU, o cualquier otra entidad que ofrezca datos de las personas con discapacidad

3.5.4 Fuentes menores

Reglamento para la tramitación de procesos de actividad procesal no contenciosa y algunos datos sobre discapacidad de la ONU.

3.5.5 Fuentes mayores

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley N.º 8661, Ley N.º 9379 y otras.

3.6 Técnicas e instrumentos para recolectar información

El instrumento que se utilizará en esta investigación serán la entrevista y el análisis de contenido, de manera que se pueda evidenciar el análisis del impacto de la Ley N.º 9379 en el ordenamiento jurídico costarricense.

3.6.1 Entrevistas

Se utilizarán una entrevista semi-estructurada y una libre, de manera que por medio de una guía temática se pueda plasmar la percepción del espíritu de la Ley N.º 9379 desde el punto de vista de expertos.

3.7 Análisis de contenido

Se hará un análisis de contenido partiendo de los datos proporcionados para vincular el alcance de la Ley N.º 9379 con los procesos de actividad judicial no contenciosa, y un análisis del concepto de autonomía desde el punto de vista legal.

Posteriormente se hará un análisis de contenido partiendo de los datos proporcionados para vincular el alcance de la Ley N.º 9379 con los procesos de actividad judicial no contenciosa, y un análisis del concepto de autonomía desde el punto de vista legal.

De acuerdo con Molina (2017), la autonomía de una persona constituye un derecho fundamental y es necesario ver cómo se manifiesta o se limita esa facultad en virtud de la ley que se analizará en esta tesis.

CAPÍTULO IV ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

A continuación se exponen algunos de los resultados del análisis de la Ley para la Promoción de la Autonomía de la Persona con Discapacidad, N.º 9379, en procesos de actividad judicial no contenciosa, particularmente en las diligencias de insania y en la función notarial producto del análisis de la información y discusión de resultados, en relación con los datos sobre los conceptos de discapacidad y los procesos que regulan la autonomía de las personas con discapacidad.

Para la recolección de los datos en este capítulo se incluyó una entrevista que fue aplicada a funcionarios del Poder Judicial (Juzgado de Familia), a personeros del CONAPDIS, en el Centro de Vida Independiente Morpho y en la Dirección Nacional de Notariado; así como en la Defensoría de los Habitantes. Se comparó la información con los resultados obtenidos de cada uno de los entrevistados. Además, se estudiaron la normativa y las resoluciones judiciales vinculantes para el desarrollo de esta investigación.

Así mismo, para el cumplimiento del primer objetivo específico se analizó la información sobre la normativa que regulaba la figura de la curatela y la correspondiente a las diligencias de insania, así como la normativa vigente de interés, con el fin de evidenciar los cambios traídos por la nueva ley.

Para el desarrollo del segundo objetivo específico se utilizó la misma metodología empleada en el primer objetivo, con el fin de evidenciar la acción fiscalizadora de la figura del garante como asegurador de la autonomía de la persona con discapacidad.

Para finalizar, en el tercer objetivo y en el cuarto se efectuó un análisis del ejercicio de la función notarial a la luz de la normativa N.º 9379, con el fin de evidenciar el impacto de esta en la función notarial en cuanto al cambio de paradigma que establece dicha Ley.

La Ley de la Autonomía de la Persona con Discapacidad busca eliminar las acciones limitantes por parte del ordenamiento jurídico costarricense, que priva a las personas con discapacidad de una autonomía plena en virtud de sus limitaciones o incapacidades.

Así que el cuerpo normativo surge a raíz de haberse asumido la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Costa Rica, y que entró en vigencia en agosto del 2016. El objetivo de esta Ley es “promover, proteger y asegurar la autonomía de las personas con discapacidad que se encuentren en el territorio nacional”. De esta manera se construyen una serie de herramientas y limitaciones para empleo del cuerpo normativo costarricense, el cual exige una serie de cambios en los niveles jurídico y social.

Por lo tanto, con la entrada en vigor de la Ley N.º 9379 se logra un cambio histórico en el Derecho Civil costarricense, que trae a discusión las disposiciones

sobre la actividad judicial no contenciosa, la cual parece no ser un tema que se regule en esta ley.

De acuerdo con la Ley N.º 9379, la capacidad de actuar no es algo que se pierda; por el contrario, la ley viene a fortalecer ese derecho de las personas con discapacidad de que no se les prive de ejercer su derecho, y es con este instituto jurídico con el que se da vida a la capacidad de actuar de las personas con discapacidad; y a quienes, inclusive, en sentencia declarada, se les privó de ella en el pasado. Con este cambio la declaratoria de interdicción e insania pierde todo efecto y se instaura la figura del garante para la igualdad jurídica, así como para la asistencia personal humana.

Así mismo, la Ley N.º 9379 propone que el Estado provea a la persona con discapacidad esos ajustes razonables, al modificar las correspondientes leyes del ordenamiento jurídico costarricense.

Los procesos de actividad judicial no contenciosa que son parte del conglomerado normativo en Costa Rica vienen a socavar la autonomía consagrada en dicha normativa. Por eso es necesario cambiar la apreciación de las personas con discapacidad y entender que son personas con capacidades diferenciadas y no seres necesitados de ayuda.

4.1 Examinar y comparar el nuevo proceso de salvaguardia con respecto al derogado proceso de insania que contemplaba la Ley N.º 7130 - Código Procesal Civil y a la figura de la curatela contemplada en el numeral 230 del Código de Familia

Para analizar los cambios que originaron el nuevo proceso de salvaguardias con respecto al antiguo proceso no contencioso, como eran las diligencias de insania o el contencioso, la declaratoria de interdicción y la figura de la curatela, se entrevistó a Mariana Villareal (CONAPDIS) y a Carlos Barrantes (Centro de Vida Independiente Morpho). Ambos coinciden en que la figura de la curatela y la figura de insania/interdicción eran violatorias a la dignidad inherente a la persona con discapacidad; además de constituir una exclusión legal de la persona con discapacidad como miembro activo de la sociedad costarricense. Por ello la eliminación de esta figura constituye un paso exponencial en la lucha por los derechos humanos que trae seguridad, autonomía y trato igualitario para dicha población. Sin embargo, para el juez de familia M.Sc. Mauricio Chacón, ambas figuras eran de cuidado y dotaban de seguridad jurídica a las personas que se creían en estado de vulnerabilidad. También asegura que la eliminación total de dichas figuras es un error, dado que existen personas con una incapacidad total, como son las personas con alguna enfermedad mental severa, que podría ser probada con un informe médico detallado, por lo cual la figura que se aplicaría en esos casos sería la designación de un curador. (Figura de la curatela). Por ese motivo, al eliminarse dicha figura se genera una inseguridad jurídica, tanto para la persona

en condición de discapacidad como para su garante y para los mismos aplicadores de la ley.

A continuación se presenta un cuadro comparativo en el que se evidencian las diferencias sustanciales entre una figura respecto de la otra:

Salvaguardia	Insania	Garante	Curador/Curatela
Figura de acompañamiento	Figura sustitutiva	Personas que acompañan a la otra con discapacidad en la toma de decisiones	Persona que actúa en lugar de otra persona con discapacidad en la toma de decisiones
Instaura sistemas de apoyo	Instaura estigmas de capacidad	Fiscaliza actos	Realiza actos
Utiliza el modelo social	Utiliza el modelo médico	Ayuda a la persona discapacitada a administrar su patrimonio	Administra el patrimonio de la persona con discapacidad
Elimina la muerte civil y dota de capacidad a la persona con discapacidad	Causa muerte civil	La persona es capaz de realizar actos	La persona no puede realizar actos
Genera igualdad jurídica	Genera discriminación	Toma en cuenta el parecer de la otra persona	No toma en cuenta la opinión de la otra persona
Valora el grado de discapacidad	Es un proceso absolutista	Aconseja	Impone

4.2 Examinar la figura del garante como fiscalizador de la autonomía de la persona con discapacidad

De acuerdo con la interpretación de la Ley N.º 9379, la figura del garante es de acompañamiento para la persona con discapacidad. Es en esta persona que recae el soporte instaurado en las salvaguardias para asegurar la autonomía de las personas con discapacidad. Con base en el análisis realizado esta figura

constituye un cambio histórico en el ordenamiento jurídico costarricense, dado que viene a “sustituir” a la figura del curador. Sin embargo, no debe confundirse, ya que esta no consiste en un cambio de nombre de curador a garante, pues, como se pudo observar a lo largo de la investigación, la figura del curador era una sustitutiva y por tanto violentaba la dignidad inherente a la persona con discapacidad. En tal caso se generaba una invisibilización de la persona con discapacidad, pero, por el contrario, la figura del garante para la igualdad jurídica ahora es solo de acompañamiento. Así lo menciona el representante del Centro de Vida Independiente Morpho, el señor Carlos Barrantes, quien asegura que la instauración del garante no debería ser una figura impuesta para que la persona con discapacidad pueda tomar decisiones. Así mismo, indica que debe tomarse en cuenta, para la designación de la figura del garante en la toma de decisiones, que puede darse en grados y que debe nivelarse con un peritaje médico. Así, pues, el M.Sc. Mauricio Chacón establece que la figura del garante es muy importante pero en ciertas ocasiones se vuelve insuficiente, por cuanto existen personas que tienen una deficiencia severa y por eso no son capaces de tomar decisiones por sí mismos. Por esto, en concordancia con la afirmación de Barrantes, debe constatararse -por medio de un informe médico- que exista un riesgo social importante al pretender que la persona tome decisiones por sí misma, y es en ese caso en el que la figura del garante se vuelve insuficiente y genera inseguridad jurídica.

Por el contrario, Mariana Villareal (CONAPDIS) sostiene que la figura del garante es de acompañamiento y que parte del cambio en el ordenamiento es detener la

invisibilización de la persona con discapacidad, aun en casos en los que un informe médico demuestre que existe una enfermedad mental o psicosocial; dado que existen medicamentos y otros apoyos que pueden constituir una nivelación y la eliminación de las barreras. Por tanto, el acompañamiento de la figura del garante sería suficiente para que cualquier persona con discapacidad física, mental o psicosocial sea integrada de manera plena a la sociedad, para con ello eliminar los estigmas que existen por la creencia milenaria de que las personas con discapacidad son sujetos de cuidado. La figura del garante cambia la percepción de la persona con discapacidad, ya que al dotarla de seguridad y derechos eso les proporciona la oportunidad de construir su proyecto de vida.

4.3 Analizar la Ley N.º 9379 en cuanto al ejercicio de la función notarial

De conformidad con la normativa revisada y con la entrevista realizada a la contralora de servicios de la Dirección Nacional de Notariado, se constata que hasta el momento, después de un año y un poco más de la entrada en vigor de la Ley N.º 9379, para la Dirección Nacional de Notariado la Ley N.º 9379 es letra muerta.

Según la contralora de servicios esta ley representa un riesgo muy importante para la fe pública y el aseguramiento de los actos y de la función notarial como tal. Explica la contralora, que hasta este momento la Dirección Nacional de Notariado no ha asumido una posición con respecto a la Ley en cuanto a la remoción de los impedimentos del Código de Notarial. A título personal expresa que el hacerlo implicaría una reforma integral al Código Notarial y a la función notarial como tal. Asegura que la remoción de impedimentos para una persona con discapacidad mental pone en riesgo al instrumento jurídico y al documento público.

Expresa, además, que el habilitar la investidura de fe pública a un notario en condición de discapacidad sensorial, como por ejemplo ceguera o sordera, representa un riesgo e inseguridad jurídica para los usuarios y para el mismo

notario, y que habilitar dicha investidura a una persona con discapacidad mental representa un riesgo aun mayor.

Comenta que toda regla tiene su excepción y que desde el punto de vista de las funciones y de las capacidades, para que una persona con discapacidad pueda ejercer el notariado, esto podría hacerse por medio de la categorización, de manera que puedan realizar algunos actos, lo que representaría realizar una categorización de actos, y eso implicaría, además, una categorización de la discapacidad.

A contrario *sensu*, Mariana Villareal, representante de CONAPDIS, expresa que dicha posición es parte de la invisibilización y estigmatización de las personas con discapacidad y de la implantación del modelo médico rehabilitador, y no del modelo social que indican la Ley N.º 9379 y la Convención de los Derechos de la Persona con Discapacidad.

Afirma Villareal que existen sistemas de apoyo con los que una persona con discapacidad mental puede llevar una vida en igualdad de condición con la de otra persona sin discapacidad, como medicamentos, lenguaje de señas, lenguaje *braille*, entre otros. Por ello, tampoco sería viable la negación de la actividad judicial no contenciosa para una persona con discapacidad.

En otro orden de ideas, se pudo constatar que actualmente no se cuenta con datos referentes a cuántas personas con discapacidad son notarios/as, ya que son casos muy aislados en virtud de la prohibición del artículo 4; no obstante, existen excepciones pero son aplicadas únicamente a casos de condiciones de discapacidad motora, dado que se considera que este tipo de deficiencia no compromete su capacidad de actuar.

Considera Flores Solerti que, desde su punto de vista de funcionaria pública, y no como contralora de la Dirección Nacional de Notariado, muchas veces se aprueba normativa y se ratifican tratados internacionales para cumplir de manera política, pero no existe el ánimo de la aplicación en la realidad jurídica, por lo que las leyes pierden su eficacia.

Por último, se pudo constatar que no se cuenta con registro de discapacidades sensoriales, mentales o intelectuales en la Dirección Nacional de Notariado ni en el Colegio de Abogados.

4.4 Evidenciar el cambio de paradigma planteado en la Ley N.º 9379

La Ley N.º 9379 es todo un cambio de paradigma que poco a poco se ha ido plasmando en el sistema jurídico costarricense. Son pocos los votos a favor de la figura del garante y de las salvaguardias para la igualdad jurídica que puedan constatarse y que demuestren que la persona con discapacidad puede gozar de autonomía plena y de apoyos que le garanticen la igualdad de trato, así como el cambio de paradigma.

De acuerdo con la información recabada durante las entrevistas se puede afirmar que el modelo médico rehabilitador continúa fuerte; sin embargo, como menciona el M.Sc. Otto Lépiz, los cambios de paradigmas siempre conllevan un poco de resistencia. Un ejemplo de ello fue la implementación de la Ley N.º 7600, de la que hasta el momento de su promulgación muchos decían que era un imposible, y hoy por hoy es una realidad. Asegura Lépiz que se está en una etapa de evolución que va a continuar por varios años. Para el M.Sc. Otto Lépiz, representante de la Defensoría de los Habitantes, el cambio de paradigma es un proceso evolutivo que ya se inició; sin embargo, estima que habrá un periodo de adaptación, por lo cual es importante trabajar en ese cambio de paradigma y en la visualización de la persona con discapacidad. Actualmente se está trabajando en distintas capacitaciones del personal de la Judicatura y en muchos otros sectores, para lograr una educación y un cambio de percepción desde el punto de vista legal de la persona con discapacidad. Ejemplo claro de este arduo trabajo fue el pre-congreso para la igualdad jurídica, realizado por el CONAPDIS como ente rector de la discapacidad, que fueron talleres y seminarios impartidos por medio de la Defensoría de los Habitantes, y muchos más.

El paradigma social avanza a pasos agigantados en el ámbito legal costarricense, por lo que Costa Rica se ha convertido en un país pionero en adoptar dicho modelo y propugnar por una igualdad de trato para las personas con discapacidad.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Es evidente que Costa Rica cuenta con suficiente normativa para la validación de los derechos de las personas con discapacidad; pero, al ser aplicadas se desvirtúan frente a excusas de índole legal, y se cae en el “codiguismo” imperante en el sistema jurídico costarricense, que es una limitante para la igualdad jurídica de las personas en condición de discapacidad, y es el mismo Estado costarricense el que resta valor a la normativa que faculta para el aseguramiento pleno de la autonomía de las personas con discapacidad, un ejemplo de lo cual es la Dirección Nacional de Notariado en cuanto a este tema.

Se puede afirmar, como conclusión, respecto al análisis realizado, que la aprobación de la Ley N.º 9379 implica un cambio radical en la función notarial, en el Derecho Civil y en el Derecho de Familia costarricenses. Se comprueba así que dicha normativa constituye el mayor cambio de aplicación en décadas, al dotarse a las personas con discapacidad de igualdad jurídica y de autonomía plena, al traer a la vida jurídica a todas aquellas personas consideradas como incapaces en el pasado.

Sin embargo, se puede afirmar también que el modelo médico-rehabilitador aún sigue imperante en la práctica jurídica y que falta mucho por cambiar en cuanto a la adaptación del paradigma social; así mismo, que existe dentro de las personas con discapacidad una minoría que aun dándoles todos los apoyos necesarios no podrán ser autónomos de manera plena en razón de su deficiencia, la cual será valorada por medio de un informe médico, por lo que deberá subsistir de alguna manera el modelo médico.

Así mismo, se determina que la Ley N.º 9379 cambia la función notarial en cuanto a la habilitación de los notarios, lo mismo que desde el punto de vista de los servicios notariales, los cuales deben darse en igualdad de condiciones a personas con discapacidad, por lo cual deben eliminarse los impedimentos referidos en el artículo 4 del Código Notarial, así como en el Reglamento para la Actividad Judicial no Contenciosa, actividad que no podrá realizarse únicamente si en ella participan menores de edad

Se puede afirmar que el proceso de salvaguardias constituye un avance jurídico no solo para Costa Rica sino para todos los países que han ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El proceso de salvaguardias es un ejemplo para Latinoamérica en cuanto a la eliminación de la figura de insania e interdicción, el proceso de curatela y las prácticas discriminatorias que sufría la persona con discapacidad; para así dar paso a la implementación de sistemas de apoyo y a la figura del garante, por lo que este proceso servirá como modelo para otras leyes.

Otra conclusión es que, con base en la comparación de procesos el nuevo proceso de salvaguardia es una figura mucho menos inquisitiva que el tradicional proceso de insania e interdicción, que seguía el sistema jurídico costarricense. Por ello en este proceso se toma en cuenta el grado de deficiencia que limita la integración de la persona con discapacidad, para así poder instaurar el sistema de apoyo necesario para dotar de igualdad jurídica y social a la persona con

discapacidad, y por medio del informe médico determinar las capacidades que dicha persona requiere, de manera que se verá cada caso en particular.

Es evidente que el proceso de salvaguardia no solamente dota de autonomía a la persona con discapacidad sino que, además, le provee insumos suficientes para que pueda vivir su vida de manera independiente.

La eliminación de la figura de cuidado de la curatela representa una valorización de la persona con discapacidad. Esta figura milenaria fue adoptada del Derecho Romano en tiempos en que la persona no tenía valía. Su eliminación representa un cambio de paradigma y un avance en la defensa de los derechos humanos instaurados en los diferentes instrumentos jurídicos, que hasta la fecha no habían surtido el efecto esperado.

Con la figura del garante se garantiza la autonomía plena de la persona con discapacidad; sin embargo, desde el punto de vista médico existen casos que podrían considerarse de una minoría, casos en los cuales esta figura puede ser insuficiente a la hora de la fiscalización y el acompañamiento. Existe una deficiencia tan grande que, aun con los apoyos necesarios, la persona con discapacidad mental o psicosocial no puede manejarse de manera autónoma. Adicionalmente, se determina que el garante debe ser una persona sin discapacidad, de forma que ayude a potenciar y a apoyar a la persona con discapacidad.

Con base en el estudio, se determina que en cuanto al ejercicio de la función notarial aun impera el modelo médico rehabilitador, tanto para la habilitación de los notarios como para brindar por medio de la actividad judicial no contenciosa los servicios requeridos por esta población. Por eso no existe una igualdad de trato en cuanto al acceso a la justicia y, por lo tanto, existe una negación en lo referente a los derechos de la persona con discapacidad instaurados en la Ley N.º 9379 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es contundente que deben realizarse cambios en el Código Notarial y, en general, en la función notarial.

Es evidente que el cambio de paradigma en cuanto a la concepción de las personas con discapacidad ha ido cambiando y que el modelo social de la discapacidad continúa dotando de herramientas a las diferentes instituciones, para formar una sociedad inclusiva y responsable en cuanto a la adopción de medidas y herramientas que faciliten integrar esta población. Se llega así a la conclusión de que para que se continúe dando el cambio de paradigma es necesario que se dé también un cambio en el pensamiento y en la educación de la población en general, desde el punto de vista jurídico y social, para romper los estigmas instaurados y traspasados, desde hace décadas, de generación en generación. Históricamente se ha visto a la persona con discapacidad como alguien que no aporta a la sociedad, que no es capaz de realizar determinados actos; como alguien necesitado de cuidado, y ahora puede verse cómo dicha población es empoderada de la filosofía de la vida independiente.

En conclusión, todos los seres humanos somos diferentes y de una u otra manera necesitamos de apoyo para realizar diferentes actividades, ya sea tomar una decisión, aprender una profesión u oficio, o realizar alguna tarea, entre otras cosas, por lo que se debe legislar partiendo de una generalidad y no de una minoría, por lo que se hacen las siguientes recomendaciones:

Recomendaciones

Se recomienda reformar de manera integral el Código Notarial y el Reglamento para la tramitación de la actividad judicial no contenciosa, de manera que se remuevan los impedimentos para ser notario o notaria en razón de una discapacidad física, mental o psicosocial, por ejemplo para que diga de la siguiente manera:

Están impedidos para ser notarios públicos:

- a) “Las personas con discapacidad que, aunque cuenten con los apoyos suficientes para el ejercicio de la función notarial, se demuestre -por medio de informe de medicatura forense- que no están en capacidad de ser fedatarios públicos”.

Así mismo, se recomienda modificar los requisitos para ser notario contenidos en el inciso f), en cuyo caso podría decir de la siguiente manera:

- f) Entender y escribir correctamente el español.

De manera que una persona con discapacidad que no pueda hablar utilice el lenguaje de señas o algún otro apoyo tecnológico que le facilite la comunicación del acto que se realiza.

Así mismo, se recomienda que para la seguridad de los notarios y sus comparecientes cada notario instale en su oficina un sistema de cámaras que facilite y demuestre la buena fe y la validez de sus actos, en caso de dudas, en cuanto a la fe pública, por lo que la Dirección Nacional de Notariado podrá solicitar dicho soporte en algún proceso disciplinario o denuncia.

Se recomienda que, dentro del ámbito de las competencias del CONAPDIS, se les dé seguimiento a los casos en los que se rechace la habilitación de un notario o una notaria en razón de una discapacidad física, mental o sensorial en la cual se constata, por medio de un informe médico, que la persona con discapacidad puede ser notario en el tanto en que cuente con determinados apoyos, como sería el caso de un sistema

También se recomienda que, para la minoría de los casos en los que el garante se vuelve insuficiente porque la persona no tiene capacidad plena, se adicione a la Ley N.º 9379 el siguiente párrafo:

“Para los casos en los que se compruebe, por medio de un informe médico, que la persona con discapacidad -aunque cuente con los apoyos necesarios para la igualdad jurídica- no puede autodeterminarse, se declare insuficiente la figura del garante y, por medio de las salvaguardia,

se le atribuya a este la función adicional de representación de los intereses de la persona con discapacidad”.

Se recomienda realizar una campaña de concienciación por medio de la Defensoría de los Habitantes, en conjunto con el CONAPDIS, para la comunicación y la promoción de la Ley para la Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad.

Adicionalmente, se le recomienda a la Defensoría de los Habitantes, en lo que respecta a sus funciones de velar por el buen funcionamiento en el sector público, así como de velar por los intereses y derechos de los habitantes de la República, trabajar en un plan de intervención en instituciones públicas que no incorporen las directrices de esta ley en su funcionamiento habitual.

Se recomienda la implementación del sistema JAUS en todas las instituciones públicas y privadas que cuenten con personal con discapacidad visual.

Se recomienda incluir en los programas universitarios el estudio de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley para la Promoción de la Autonomía de la Persona con Discapacidad, para así contribuir en el fortalecimiento del modelo social y cambiar el paradigma de los futuros aplicadores y aplicadoras del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas. (2007). Ley N.º 8661. Asamblea Legislativa, 2008.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Reglamento para la Tramitación Notarial de Procesos de Actividad Judicial no Contenciosa, (2007) DIRECTRIZ N° 2001-005. Dirección Nacional de Notariado.
- Ley de la Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad, publicada en La Gaceta del 30 de agosto del 2016. (2016). San Jose, Costa Rica.
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 2, capítulos IV y V.
- Ley N.º 7600, Ley Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Reglamento de Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, N.º 26831.
- Ley N.º 9049, Ley Reconocimiento del Lenguaje de Señas Costarricense, LESCO, como lengua materna.
- Ley N.º 9303 - Creación del Concejo Nacional de Personas con Discapacidad.
- Proyecto de Ley N.º 17305 - Ley de Autonomía de las Personas con Discapacidad. Asamblea Legislativa Costa Rica
- Ley N.º 8862 - Inclusión y Protección Laboral de las Personas con Discapacidad en el Sector Público.
- Ley N.º 7130 (1989) - Código Procesal Civil.
- Ley N.º 9342 (2016) - Nuevo Código Procesal Civil.
- Ley N.º 7764 (1998) - Código Notarial.
- Constitución Política de la República de Costa Rica (2009). San José, Editec.
- “Tratando de entender la Ley para la Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad. Colegio de Abogados, 2017.

Pre-Congreso para la Igualdad Jurídica de las personas con discapacidad. Hotel TRYP, Paseo Colón, CONAPDIS, 2017.

Villareal Arroyo, Mariana y Álvarez, Ericka. (2010). Analisis de la curatela y la capacidad de actuar de las personas con discapacidad en Costa Rica, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Tesis de Licenciatura. Universidad de Costa Rica.

Bariffi, F. J. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Getafe: Tesis doctoral.

Soto Chacón, Luci Alejandra. (2016). *El sufragio activo de las personas declaradas en estado de interdicción en Costa Rica, Un derecho inalienable: un estudio desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas*. Tesis de licenciatura. Universidad de Costa Rica.

Gutierrez Moreira, Alan (2008). *Analisis y desarrollo de los Derechos Fundamentales de las Personas con Discapacidad en Costa Rica*. Tesis de Licenciatura, UIA.

Cavallini Vargas, Angelo (2002). La fe pública notarial en actos protocolares y extraprotocolares. Efectos de la mala praxis. Tesis.

Palacios, Agustina (2008), El modelo social de la discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ediciones Cinca, I edición.

Pérez Vargas, Víctor (1994), Derecho Privado, III Edición. San José, Litografía e Imprenta Lil.

Brenes Córdoba, Alberto (1986). Tratado de las personas. San José. IV edición. Editorial Juricentro, p.133.

Palacios Echeverria, Iván. Manual de Derecho Notarial. Editorial Investigaciones Juridicas, S.A, 1a edicion. 1992, p 62.

Girón, José Eduardo. (1999). Notariado práctico o tratado notarial). Guatemala, Editorial Tipografía Nacional. 1era edición, p.19.

Bofante, Pedro (1965). *Instituciones de Derecho Romano II*. Madrid, Instituto Editorial.

Shapiro, Joseph (1994). New York: Times Books, Random House, *No Pity: People with disabilities forging a new civil rights movement*.

Astorga Gatjens, Luis Fernando (2008), *Por un mundo accesible e inclusivo: Guía básica para comprender y utilizar mejor la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Costa Rica : Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo, 2008, pág. 35

Pérez Vargas, Víctor. Existencia y Capacidad de las Personas. San José. Cuarta edición, pág 37.

Lou Royo, M. A. (2011). *Atención a las necesidades educativas específicas. Educación Secundaria*. Madrid: Ediciones Pirámide.

Organización Mundial de la Salud. (OMS). (1997) *Clasificación internacional de la deficiencia, discapacidades y minusvalías*. Madrid. IMSERSO. Recuperado de <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82187/1/sa5418.pdf?ua=1>

Devandas Aguilar, Catalina (2016) *Informe de Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2016

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10364.pdf%20>
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10364.pdf>

Asamblea Legislativa. *Reseña Histórica de la Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*,
http://www.asamblea.go.cr/ci/Doc_Relevantes_cmd/Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20derechos%20de%20las%20personas%20con%20discapacidad%20y%20su%20protocolo%20facultativo%20Ley%208661.pdf

Organización de las Naciones Unidas. *Antecedentes, Hechos y Cifras*
<http://www.un.org/es/events/disabilitiesday/resources.shtml>

ONU. División de Política Social y Desarrollo Discapacidad. *Algunos Datos sobre las personas con Discapacidad*, <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html>

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2011) *Discapacidades y Rehabilitación*.
www.who.int/disabilities/media/news/unconvention/es/
Union of the Physically impaired against segregation, Policy statement,
<http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/UPIAS-UPIAS.pdf> , descargado el 22 de febrero de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 011344 del 4 de agosto de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 11516 del 21 de diciembre del 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 5551 del 11 de octubre de 1995.

Sala Constitucional. Resolución N.º 2001-12994.

Sala Segunda Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 88 de las 11 horas del 18 de octubre de 1996.

Juzgado Notarial Costa Rica. Voto N.º 00040 de las ocho horas y treinta minutos del 24 de febrero del 2000.

Tribunal de Familia de San José. Voto 404-2015 de las quince horas con dieciséis minutos del 30 de abril del 2015

Juzgado de Familia. Desamparados, San José. Sent. N.º 577-2016 de las diez horas del 18 de noviembre del año 2016.

Villareal, Mariana (2017). Concejo Nacional Personas con Discapacidad.

Barrantes, Carlos (2017). Centro de Vida Independiente Morpho.

Chacón, Mauricio (2017). Tribunal de Familia. San José. Poder Judicial.

Flores Solerti, Patricia (2017). Contralora de Servicios. Dirección Nacional de Notariado.

Lépiz Ramos, Otto. (2017) Área de Protección Especial. Defensoría de los Habitantes.

Fontana Hernández, Angélica. (2015) Revista Universidad en Diálogo • Vol. 5, N.º 2, julio-diciembre de 2015, pp. 129-153
DOI: <http://dx.doi.org/10.15359/udre.5-2.9>

Fresceda, Martín. (2012). “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: debates y reflexiones” Buenos Aires, Fundación para las Américas de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad y la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Segovia Martínez, Francisco, 1961. Funcion Notarial. Estado de la doctrina y ensayo conceptual. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Torres, J. (2013). Inclusión y equidad de las personas con discapacidad en la educación superior pública costarricense. (Artículo especializado de maestría, inédito). Heredia. Universidad Internacional San Isidro Labrador.