

RESUMEN GACETARIO

N° 3866

Fuente: Gaceta Digital de la Imprenta Nacional

Gaceta N° 19 Lunes 31-01-2022

ALCANCE DIGITAL N° 18 31-01-2022

[Alcance con Firma digital](#) (ctrl+clic)

REGLAMENTOS

SALUD

INSTITUTO COSTARRICENSE DEL DEPORTE Y LA RECREACIÓN

REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTODE LA AUDITORÍA INTERNA DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DEL DEPORTE Y LA RECREACIÓN (ICODER)

ALCANCE DIGITAL N° 17 28-01-2022

[Alcance con Firma digital](#) (ctrl+clic)

PODER LEGISLATIVO

LEYES

LEY 10046

CREACIÓN DE LA OFICINA DE LA PERSONA ADULTA MAYOR Y DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN LAS MUNICIPALIDADES

PODER EJECUTIVO

RESOLUCIONES

MINISTERIO DE SALUD

MS-DM-RM-1363-2022.

RESOLUCION ADMINISTRATIVA DE AUTORIZACIÓN DE USO E IMPORTACIÓN DE LOS MEDICAMENTOS PARA TRATAR LA COVID-19 BASADO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTORIZACIÓN DE COMERCIALIZACIÓN LA AUTORIZACIÓN DE USO EN EMERGENCIA DE

AUTORIDADES REGULADORAS ESTRICtas O DE MEDICAMENTOS RECOMENDADOS POR LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

LA GACETA

[Gaceta con Firma digital](#) (ctrl+clic)

FE DE ERRATAS

PODER EJECUTIVO

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL MINISTRO DE HACIENDA, PROCEDEN A REALIZAR LA PRESENTE FE DE ERRATAS, A EFECTO DE CORREGIR EL ARTÍCULO 2, INCISO A) DEL DECRETO EJECUTIVO NÚMERO 42764-H, PUBLICADO EN EL ALCANCE N° 334 DE LA GACETA N° 298 DE FECHA MARTES 22 DE DICIEMBRE DE 2020, REFERENTE A LA ACTUALIZACIÓN DE LOS TRAMOS DE LA ESCALA DEL IMPUESTO SOLIDARIO PARA EL FORTALECIMIENTO DE PROGRAMAS DE VIVIENDA, PERÍODO 2021. EL ARTÍCULO 2, INCISO A) DEL DECRETO EJECUTIVO NÚMERO 43370-H, PUBLICADO EN EL ALCANCE N° 262 DE LA GACETA N° 246 DE FECHA MIÉRCOLES 22 DE DICIEMBRE DE 2021, REFERENTE A LA ACTUALIZACIÓN DE LOS TRAMOS DE LA ESCALA DEL IMPUESTO SOLIDARIO PARA EL FORTALECIMIENTO DE PROGRAMAS DE VIVIENDA, PERÍODO 2022.

- JUSTICIA Y PAZ
- AVISOS

PODER LEGISLATIVO

PROYECTOS

EXPEDIENTE N.º 22.871

REFORMA DE LA LEY CONSTITUTIVA DEL INAMU PARA FOMENTAR LA EMPLEABILIDAD DE LAS MUJERES

EXPEDIENTE N.º 22.878

REFORMA AL ARTÍCULO 8 Y ADICIÓN DE UN ARTÍCULO 9 BIS A LA LEY N.º 6084 DEL 24 DE AGOSTO DE 1977 “LEY DEL SERVICIO DE PARQUES NACIONALES”

PODER EJECUTIVO

DECRETOS

DECRETO N.º 43176-MJP

DEROGAR LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA A LA ASOCIACIÓN PRO-OBRAS COMUNALES DE LA ESCUADRA

DECRETO N.º 43359-MJP

DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA PARA LA ASOCIACIÓN FONDO DE AYUDA SOCIAL HOSPITAL SAN CARLOS

ACUERDOS

- PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ
- MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR

DOCUMENTOS VARIOS

- GOBERNACION Y POLICIA
- AGRICULTURA Y GANADERIA
- TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
- JUSTICIA Y PAZ
- AMBIENTE Y ENERGIA

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

- EDICTOS
- AVISOS

CONTRATACION ADMINISTRATIVA

- PROGRAMA DE ADQUISICIONES
- MODIFICACIONES A LOS PROGRAMAS
- ADJUDICACIONES
- REGISTRO DE PROVEEDORES
- NOTIFICACIONES

REGLAMENTOS

MUNICIPALIDADES

MUNICIPALIDAD DE TURRIALBA

PARA QUE SE REFORME EL ARTÍCULO 7 DEL CITADO REGLAMENTO INTERIOR DE ORDEN, DIRECCIÓN, DEBATES Y VOTACIONES DE LA MUNICIPALIDAD DE TURRIALBA, ÚNICAMENTE EN CUANTO A SU HORA DE SALIDA

REMATES

- AVISOS

INSTITUCIONES DESCENTRALIZADAS

- BANCO NACIONAL DE COSTA RICA
- UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
- INSTITUTO TECONOLÓGICO DE COSTA RICA
- PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA

REGIMEN MUNICIPAL

- MUNICIPALIDAD DE CARTAGO
- MUNICIPALIDAD DE HEREDIA

AVISOS

- CONVOCATORIAS

COLEGIO DE MICROBIÓLOGOS Y QUÍMICOS CLÍNICOS DE COSTA RICA

TRIBUNAL ELECTORAL ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA

A realizarse en primera convocatoria el sábado 5 de marzo del 2022. En caso de no completar el quórum de ley se realizará en Segunda Convocatoria el sábado 12 de marzo del 2022. Ambas convocatorias a partir de las 8:00 a.m.

Agenda:

1. Elección de Junta Directiva para el período 2022-2023.
2. Aprobación del acta de la Asamblea General Ordinaria Nº 01:2021-2022.
3. Conocer y aprobar los informes de Presidencia, Secretaría, Tesorería y Fiscalía de la Junta Directiva 2021-2022.
4. Aprobación del presupuesto para el período 2022-2023.

El Tribunal Electoral convoca a los Colegiados a participar en el proceso, confeccionando las propuestas del caso para los puestos de Junta Directiva. Estas proposiciones se recibirán en la sede del Colegio hasta el día 15 de febrero del 2022 a las 03:00 p.m. — Dra. María del Pilar Salas Chaves, Presidenta del Colegio. — Dr. David Rodríguez Masis, Presidente Tribunal Electoral. — 1 vez. — (IN2022619524).

- AVISOS

NOTIFICACIONES

- MINISTERIO DE HACIENDA
- JUSTICIA Y PAZ
- MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACION TECNOLOGIA Y TELECOMUNICACIONES
- TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES
- BANCO CENTRAL DE COSTA RICA
- MUNICIPALIDADES

BOLETÍN JUDICIAL. N° 19 DE 31 DE ENERO DE 2022

Boletín con Firma digital (ctrl+clic)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SECRETARÍA GENERAL

CIRCULAR N° 1-2022

ASUNTO: MODIFICACIÓN DE LA CIRCULAR N° 230-2015, DENOMINADA “APLICACIÓN OBLIGATORIA “RED DE APOYO INTERINSTITUCIONAL PARA LA APLICACIÓN DE LAS SALIDAS ALTERNATIVAS EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL”.

CIRCULAR N° 05-2022

ASUNTO: REITERACIÓN DE LA CIRCULAR N° 07-2006, DEL 19 DE ENERO DEL 2006, RELATIVA A LA “OBLIGACIÓN DE TRAMITAR LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA CON LA MAYOR CELERIDAD POSIBLE”

CIRCULAR N° 18-2022

ASUNTO: REITERAR LA IMPORTANCIA DE FORMULAR Y DAR EL SEGUIMIENTO OPORTUNO A LA INFORMACIÓN DE LOS RIESGOS VALORADOS EN CADA DESPACHO JUDICIAL.

CIRCULAR N° 19-2022

ASUNTO: FORTALECIMIENTO EL PROCESO DE VALORACIÓN DE RIESGOS INSTITUCIONAL (SEVRI).

(SE REPRODUCE POR ERROR EN EL ORIGINAL)

CIRCULAR No. 266-2021

ASUNTO: DEBER DE NOTIFICAR PERSONALMENTE EL AUTO QUE OTORGА MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR VIOLENCIA DOMÉSTICA A LA PERSONA PREVENIDA Y DEJAR SIN EFECTO, SOBRE ESTE PARTICULAR, LA CIRCULAR NO. 50-2021 ESPECÍFICAMENTE EN EL PUNTO 1.3.-

SALA CONSTITUCIONAL

ASUNTO: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

A LOS TRIBUNALES Y AUTORIDADES DE LA REPÚBLICA
HACE SABER:

SEGUNDA PUBLICACIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dentro de la acción de inconstitucionalidad número 21-025553-0007-CO que promueve Andrea Centeno Rodríguez, se ha dictado la resolución que literalmente dice: «Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las trece horas diecinueve minutos del diecisiete de enero de dos mil veintidós. /Se da curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Andrea Centeno Rodríguez, cédula número 701370208, casada, Máster en Comunicación y Mercadeo, vecina de Santo Domingo de Heredia, para que se declare inconstitucional el párrafo 6º del artículo 125 de la Convención Colectiva de JAPDEVA, suscrita el siete de agosto de 2002, por infracción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales, así como legalidad presupuestaria. La norma dispone: “Artículo 125: (...) JAPDEVA se compromete a aportar mensualmente a dicho Fondo de capital, a partir del 19 de junio del 2002, en lugar de un cinco por ciento (5%) que aporta actualmente, un ocho por ciento (8%) del total de la planilla de los trabajadores protegidos por esta Convención. El tres por ciento (3%) adicional no irá a las cuentas individuales de los trabajadores sino a un fondo

colectivo". Se confiere audiencia por quince días a la Procuraduría General de la República, a la Presidenta Ejecutiva de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) y al Secretario General del Sindicato de Trabajadores de JAPDEVA (SINTRAJAP). Manifiesta que, si bien la norma ya no está vigente en esa versión, surtió efectos durante un amplio período y los sigue surtiendo. La Sala Constitucional ha señalado que las Convenciones Colectivas puede someterse al control de constitucionalidad y, por tanto, las obligaciones ahí contraídas pueden ser objeto de un análisis de razonabilidad, economía y eficiencia, con el objeto de evitar el uso abusivo de los fondos públicos. El Fondo de Ahorro y Préstamo de los Trabajadores (Fondo) de JAPDEVA, se constituyó en 1982. Históricamente ese fondo recibía un aporte del 5% del total de la planilla de los trabajadores. Posteriormente, ese 5% se elevó a un 8%, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Convención Colectiva de 2002, vigente hasta el 2016. Sin embargo, JAPDEVA no logró cubrir el 3% adicional, pues no contaba con fondos para ello. Posteriormente, el artículo 135 de la Convención Colectiva del año 2016, estableció una contribución del 6%. Ese 1% adicional quedó supeditado a revisión tarifaria por parte de la ARESEP, que nuevamente rechazó incluirlo en las tarifas que cobraba la institución. Al elevar el aporte de JAPDEVA en un 3% adicional, casi se triplicó el aporte patronal, frente al de los trabajadores. Se dejó de lado el principio de solidaridad según el cual, ambas partes deben contribuir al Fondo de manera proporcional. Por otra parte, nunca existieron motivos que justificaran ese aumento. Ese porcentaje del 3% se mantuvo durante la vigencia de la Convención Colectiva firmada en el 2002, como una obligación pendiente que pone en grave riesgo la estabilidad financiera de la institución y su propia operación. El aumento del aporte patronal dispuesto en el artículo 125 representa una erogación desproporcionada en relación con la situación económica de la institución; también resulta desproporcionado en comparación con fondos existentes en otras instituciones públicas. Esta acción se admite por reunir los requisitos a que se refiere la Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus artículos 73 a 79. La legitimación de la accionante proviene del artículo 75, párrafo 2º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en tanto acciona en defensa de los intereses difusos, como es el uso correcto y razonable de los fondos públicos. Publíquese por tres veces consecutivas un aviso en el *Boletín Judicial* sobre la interposición de la acción. Efectos jurídicos de la interposición de la acción: La publicación prevista en el numeral 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional tiene por objeto poner en conocimiento de los tribunales y los órganos que agotan la vía administrativa, que la demanda de inconstitucionalidad ha sido establecida, a efecto de que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución, tampoco se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho pronunciamiento del caso. De este precepto legal se extraen varias reglas. La primera, y quizás la más importante, es que la interposición de una acción de inconstitucionalidad no suspende la eficacia y aplicabilidad en general de las normas. La segunda, es que solo se suspenden los actos de aplicación de las normas impugnadas por las autoridades judiciales en los procesos incoados ante ellas, o por las administrativas, en los procedimientos tendientes a agotar la vía administrativa, pero no su vigencia y aplicación en general. La tercera es que -en principio-, en los casos de acción directa (como ocurre en la presente acción), no opera el efecto suspensivo de la interposición (véase voto N °537-91 del Tribunal Constitucional). Dentro de los quince días posteriores a la primera publicación del citado aviso, podrán apersonarse quienes figuren como partes en asuntos pendientes a la fecha de interposición de esta acción, en los que se discuta la aplicación de lo impugnado o aquellos con interés legítimo, a fin de coadyuvar en cuanto a su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interese. Se hace saber además, que de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y conforme lo ha resuelto en forma

reiterada la Sala (resoluciones 0536-91, 0537-91, 0554-91 y 0881-91) esta publicación no suspende la vigencia de la norma en general, sino únicamente su aplicación en los casos y condiciones señaladas. La contestación a la audiencia conferida en esta resolución deberá ser presentada una única vez, utilizando solo uno de los siguientes medios: documentación física presentada directamente en la Secretaría de la Sala; el sistema de fax; documentación electrónica por medio del Sistema de gestión en línea; o bien, a la dirección de correo electrónico [Informes-SC@poderjudicial.go.cr](mailto:informes-SC@poderjudicial.go.cr), la cual es correo exclusivo dedicado a la recepción de informes. En cualquiera de los casos, la contestación y demás documentos deberán indicar de manera expresa el número de expediente al cual van dirigidos. La contestación que se rindan por medios electrónicos, deberá consignar la firma de la persona responsable que lo suscribe, ya sea digitalizando el documento físico que contenga su firma, o por medio de la firma digital, según las disposiciones establecidas en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Nº 8454, a efectos de acreditar la autenticidad de la gestión. Se advierte que los documentos generados electrónicamente o digitalizados que se presenten por el Sistema de Gestión en Línea o por el correo electrónico señalado, no deberán superar los 3 Megabytes. Para notificar a la Presidenta Ejecutiva de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) y al Secretario General Sindicato de Trabajadores de JAPDEVA (SINTRAJAP), se comisiona a la Oficina de Comunicaciones Judiciales del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica (Limón), despacho al que se hará llegar la comisión por medio del sistema de fax. Esta autoridad deberá practicar la notificación correspondiente dentro del plazo de cinco días contados a partir de la recepción de los documentos, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por desobediencia a la autoridad. Se le advierte a la autoridad comisionada, que deberá remitir copia del mandamiento debidamente diligenciado al fax número 2295-3712 o al correo electrónico: informes-sc@poder-judicial.go.cr, ambos de esta Sala y los documentos originales por medio de correo certificado o cualquier otro medio que garantice su pronta recepción en este Despacho. Notifíquese. Expídase la comisión correspondiente. /Fernando Castillo Víquez, Presidente.«

San José, 18 de enero del 2022.

Luis Roberto Ardón Acuña,
Secretario

O.C. Nº 364-12-2021B. — Sol. Nº 68-2017-JA. — (IN2022618444).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dentro de la acción de inconstitucionalidad número 21-024578-0007-CO que promueve la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP), se ha dictado la resolución que literalmente dice: «Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las doce horas siete minutos del veinte de enero de dos mil veintidós. /Se da curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Albino Vargas Barrantes, mayor, portador de la cédula de identidad número 0104570390 en su condición personal y como secretario general de la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP), para que se declare inconstitucional el artículo 280, del Código Penal. Se confiere audiencia por quince días a la Procuraduría General de la República. Manifiesta que la norma cuestionada lesiona los principios de legalidad y tipicidad, así como los artículos 25, 26, 28, 37, 39, 40 y 41 de la Constitución Política. La norma dispone: “Artículo 280.-Será reprimido con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, el que instigare a otro a cometer un delito determinado que afecte la tranquilidad pública, sin que sea necesario que el hecho se produzca”. Considera que las frases “que afecte a la tranquilidad pública” y “sin que sea necesarios que el hecho se

produzca" convierten este delito en un tipo penal abierto y general, de manera que cualquier acción en que se altere mínimamente el colectivo pueda ser perseguida con solo la denuncia. La norma configura un delito de riesgos que, al estar centrado en el verbo instigar, se materializa a través de la palabra, por lo que lesiona varios derechos fundamentales, entre los cuales está la libertad de expresión, por medio del derecho de reunión pública o privada y las manifestaciones en espacios públicos. Señala que la sola punitividad legal formal no es suficiente para restringir derechos; por ello, una norma no solo debe ser típica, sino también, antijurídica y culpable, ajustando los verbos rectores a conductas concretas, específicas e irreductiblemente determinables. La generalidad y amplitud de este tipo penal permite "adecuar" cualquier conducta a un verbo y una acción tan amplia como "instigar", permite sancionar diversas conductas. Esta acción se admite por reunir los requisitos que se refiere la Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus artículos 73 a 79. La legitimación de la accionante proviene del artículo 75, párrafo 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El asunto previo es un proceso penal que se sigue en contra del actor, el cual se tramita en el expediente No. 19-0006470619-PE. En ese proceso se dictó sentencia absolutoria por resolución N° 2021980 de las 15:30 horas del 9 de diciembre de 202. Dentro del plazo de ley, la Fiscalía Adjunta del Primer Circuito Judicial de San José presentó recurso de apelación contra la sentencia referida. En este momento, el proceso está en término de apelación que finaliza el 21 de enero de 2022. Publíquese por tres veces consecutivas un aviso en el *Boletín Judicial* sobre la interposición de la acción. Efectos jurídicos de la interposición de la acción: Se recuerdan los términos de los artículos 81 y 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que disponen lo siguiente "Artículo 81. Si el presidente considerare cumplidos los requisitos de que se ha hecho mérito, conferirá audiencia a la Procuraduría General de la República y a la contraparte que figure en el asunto principal, por un plazo de quince días, a fin de que manifiesten lo que estimen conveniente. Al mismo tiempo dispondrá enviar nota al tribunal u órgano que conozca del asunto, para que no dicte la resolución final antes de que la Sala se haya pronunciado sobre la acción, y ordenará que se publique un aviso en el Boletín Judicial, por tres veces consecutivas, haciendo saber a los tribunales y a los órganos que agotan la vía administrativa que esa demanda ha sido establecida, a efecto de que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución, tampoco se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso. Si la acción fuere planteada por el Procurador General de la República, la audiencia se le dará a la persona que figure como parte contraria en el asunto principal.", "Artículo 82. En los procesos en trámite no se suspenderá ninguna etapa diferente a la de dictar la resolución final, salvo que la acción de inconstitucionalidad se refiera a normas que deban aplicarse durante la tramitación." Dentro de los quince días posteriores a la primera publicación del citado aviso, podrán apersonarse quienes figuren como partes en asuntos pendientes a la fecha de interposición de esta acción, en los que se discuta la aplicación de lo impugnado o aquellos con interés legítimo, a fin de coadyuvar en cuanto a su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interese. Se hace saber además, que de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y conforme lo ha resuelto en forma reiterada la Sala (resoluciones 0536-91, 0537-91, 0554-91 y 0881-91) esta publicación no suspende la vigencia de la norma en general, sino únicamente su aplicación en los casos y condiciones señaladas. La contestación a la audiencia conferida en esta resolución deberá ser presentada una única vez, utilizando solo uno de los siguientes medios: documentación física presentada directamente en la Secretaría de la Sala; el sistema de fax; documentación electrónica por medio del sistema de gestión en línea; o bien, a la dirección de correo electrónico Informes-SC@poderjudicial.go.cr, la cual es correo exclusivo dedicado a la

recepción de informes. En cualquiera de los casos, la contestación y demás documentos deberán indicar de manera expresa el número de expediente al cual van dirigidos. La contestación que se rindan por medios electrónicos deberá consignar la firma de la persona responsable que lo suscribe, ya sea digitalizando el documento físico que contenga su firma, o por medio de la firma digital, según las disposiciones establecidas en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Nº 8454, a efectos de acreditar la autenticidad de la gestión. Se advierte que los documentos generados electrónicamente o digitalizados que se presenten por el Sistema de Gestión en Línea o por el correo electrónico señalado, no deberán superar los 3 Megabytes. Notifíquese. //Fernando Castillo Víquez, presidente».

San José, 20 de enero del 2022.

Luis Roberto Ardón Acuña
Secretario

O.C. N° 364-12-2021B. — Sol. N° 68-2017-JA. — (IN2022618445).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dentro de la acción de inconstitucionalidad número 21-025850-0007-CO que promueve Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza, se ha dictado la resolución que literalmente dice:

»**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** San José, a las quince horas ocho minutos del veintiuno de enero de dos mil veintidós. / Se da curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Zaray Esquivel Molina, en su condición de presidenta y representante judicial y extrajudicial de la Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza (APSE), para que se declaren inconstitucionales los artículos 7, 10, 14 inciso a) y 43 inciso a) de la Ley para prevenir la revictimización y garantizar los derechos de las personas menores de edad en el Sistema Educativo Costarricense, N ,9999 °de 27 de agosto del 2021, y los numerales 62, 66 y 71 del Estatuto de Servicio Civil, reformados por esa misma ley, por estimarlos contrarios al derecho al debido proceso y de los principios de inocencia ,razonabilidad, igualdad y no discriminación de las personas trabajadoras que laboran en los centros educativos del Ministerio de Educación Pública. Se confiere audiencia por quince días a la Procuraduría General de la República, al Ministro de Educación Pública, al Director General del Servicio Civil y a la Presidenta Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia. Las normas se impugnan por los motivos que se describen a continuación. Refiere que la ley N 9999 °vino a adicionar y ajustar el Estatuto de Servicio Civil, en su título I y II, con el objetivo de evitar la revictimización de las personas menores de edad estudiantes y dar contenido operativo y práctico al principio del interés superior en los procedimientos disciplinarios abiertos en el Ministerio de Educación Pública y en el Servicio Civil para investigar y, eventualmente, sancionar a las y los funcionarios, que con sus conductas lesionen la integridad física, emocional o sexual de los niños, niñas y adolescentes estudiantes .También vino a estandarizar la forma de atención y abordaje de los procedimientos disciplinarios (docentes y administrativos) cuando la víctima es una persona menor de edad sin hacer diferenciación de la especialidad de la materia; es decir, homogeniza las causas ,independientemente que estas sean de índole sexual para que todas sean valoradas bajo los preceptos y principios que actualmente se aplican bajo la Ley de Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, Ley N .7476 °La ley N° 9999 consta de tres artículos. El artículo primero, desarrolla el nuevo texto legal, denominado: "Ley para Prevenir la Revictimización y Garantizar los Derechos de las Personas Menores de Edad en el Sistema Educativo Costarricense": artículo que, a su vez, consta de 14 artículos distribuidos en tres

capítulos, en los cuales se desarrollan los principios rectores que orientan el derecho de la niñez y adolescencia (interés superior, igualdad y no discriminación, supervivencia y desarrollo, participación y; el de autonomía progresiva), principios procesales (confidencialidad, de la inmediación de la prueba, libertad probatoria, representación, la concentración y celeridad procesal y la incorporación del principio pro-victima, según el cual, en caso de duda en la aplicación e interpretación de una norma, se estará siempre a lo que resulte más favorable para la víctima), normas procesales novedosas, como la declaración anticipada de la víctima; definiciones y términos; disposiciones sustantivas, tales como el deber de protección del Ministerio de Educación de prevenir, desalentar, y sancionar la revictimización de las personas menores de edad denunciantes y el deber de asistencia a las víctimas, entre otras. El artículo segundo, dispone la modificación de los artículos 14, inciso a); 43 inciso a); 60; 62; 66, párrafo 3°, 67, 68 y 190, incisos a) y ch) del Estatuto de Servicio Civil. Y, el 3°, adiciona un párrafo segundo a los artículos 71 y 75 del Estatuto de Servicio Civil, para que, en adelante, los casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucren al alumnado como víctima o victimario, sean elevados directamente a conocimiento del ministro o ministra de Educación Pública, sin que previamente pasen por la valoración del Tribunal de la Carrera Docente. Señala que el artículo 7 de la ley N ° 9999 violenta el principio de defensa y debido proceso. Con la reforma, denota en primer término, que se introduce la posibilidad de la declaración anticipada de la víctima , “cuando así lo ameriten el caso y las circunstancias”; en segundo término, que una vez tomada la declaración, “no se requerirá una ratificación posterior de la denuncia”; en tercer término, que “dicha declaración habrá de servir como elemento probatorio en todas las etapas y fases del procedimiento” y finalmente, que: “No obstante, ello no será óbice para que la víctima amplíe su testimonio, si así lo desea.” Conforme lo anterior, se trata de una norma que introduce la posibilidad de la declaración anticipada de la víctima, pero que resulta omisa, en cuanto a la participación del accionado, para que este pueda ejercer su derecho a la pregunta y repregunta, que es la principal razón de ser del acto de comparecencia o contradictorio dentro de todo proceso disciplinario, más tratándose que de una prueba anticipada de cargo, en la que, eventualmente se fundamentará la gestión de despido. Resalta que, en el procedimiento administrativo disciplinario regulado por el Estatuto de Servicio Civil, cuando se ha omitido la participación oportuna del denunciado en la evacuación de la declaración el denunciante y demás testigos, en reiteradas ocasiones el Tribunal Administrativo de Servicio Civil ha considerado esta práctica como una lesión al derecho de defensa. Indica que la jurisprudencia constitucional también es abundante y contundente en el tema de la violación al debido proceso y el derecho de defensa, cuando no se brinda participación al accionado, en aquellos casos en que se realiza una investigación preliminar con anterioridad a la apertura de un proceso administrativo, y en el que se evacuan ciertas pruebas, para luego hacerlas valer durante el procedimiento. El antípodo de prueba creado por la Ley N °9999, en su artículo 7, que posibilita la declaración anticipada de la víctima, con carácter de “elemento probatorio en todas las etapas y fases del procedimiento”, sin que se requiera una ratificación posterior de la denuncia, y que resulta omisa, sobre la oportunidad que debe otorgarse al accionado de ejercer el derecho a interrogar a la supuesta víctima declarante, constituye una flagrante vulneración del derecho del contradictorio, que es parte consustancial del debido proceso y el derecho de defensa y; por consiguiente, tiene serias repercusiones no solo en el ámbito administrativo disciplinario, sino en la eventualidad que el caso deba ser ventilado en sede judicial. Adicionalmente, afirma que resulta muy cuestionable, la única frase del artículo 7, que señala “... *ello no será óbice para que la víctima amplíe su testimonio, si así lo desea.*”, por lo siguiente: 1.—La ampliación del testimonio de la víctima podría darse incluso después del dictado o notificación del traslado de cargos. 2.—El traslado de cargos podría no ser

puntual y con ello el caso podría no imputarse de una manera precisa, lo que acarrearía que el mismo inicie con irregularidades. Conforme lo expuesto, señala que una regulación de esa naturaleza genera una grave vulneración al principio de seguridad jurídica, que implica para causas disciplinarias, que el accionado conozca el objeto del procedimiento sobre el que se defiende. Denota que el traslado de cargos es la base de todo procedimiento, y lo que ahí se indica traba el procedimiento, y es sobre esto, sobre lo que el denunciado debe defenderse. Si ahí no se contempló toda la prueba y aún peor, si los hechos no están detallados o no se adecuan a la prueba, luego no se pueden "corregir" esos defectos y el procedimiento estaría con serias falencias desde su inicio. Refiere que, debe tenerse presente que el procedimiento que nos ocupa es de naturaleza sancionatoria, por lo tanto, debe garantizar al accionado los derechos constitucionales propios de este tipo de procesos, como lo son: el de intimación e imputación. Adicionalmente, señala que el traslado de cargos en un procedimiento sancionatorio debe ser individualizado concreto y oportuno, de lo contrario existiría una violación al derecho de defensa. Por lo anterior, se puede colegir, que lo dispuesto en el artículo 7 de esta ley cuando permite la "*declaración anticipada de la víctima*" y "... que la víctima amplíe su testimonio, si así lo desea", se trata de una regulación que impide que la persona denunciada tenga la posibilidad real de ejercer su defensa técnica legal, que no es más que la garantía constitucional del debido proceso, que se deduce del artículo 41 de la Constitución Política. Se cuestiona cómo se garantiza el debido proceso con este tipo de falencias, puesto que lo que puede devenir es una nulidad posterior y una eventual prescripción de la causa. Aduce que ese artículo 7 reduce el parámetro de garantías constitucionales, al haber una desmejora del parámetro de garantía que aplica solo en supuestos de denuncias por acoso sexual. De ahí que el estándar de garantía que existe actualmente en el caso de otros supuestos, se está reduciendo, porque conforme lo dispone este numeral, se está sometiendo a regulaciones más rigurosas y a un procedimiento distinto. Considera entonces, que se impone realizar una interpretación constitucional de la norma cuestionada, a la luz del parámetro de razonabilidad y sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Indica que, en ese sentido, si se aplica el parámetro de proporcionalidad, entendido conforme lo ha desarrollado esta Sala, el acto o la disposición impugnada "... no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido", es innegable que la "declaración anticipada de la víctima", que como norma procesal novedosa introduce el artículo 7 al procedimiento administrativo disciplinario regulado por el Estatuto de Servicio Civil, en los supuestos contemplados en el artículo 66 inciso a) del Código de la Niñez y Adolescencia, conforme reza el artículo 2 de la Ley N ,9999 °es desproporcionado y, por lo tanto, no es necesario, porque se pudo haber establecido una medida menos gravosa, como lo es que, ante la figura de la declaración anticipada de la víctima, se hubiese permitido al accionado ejercer el contradicitorio. Y si se aplican los parámetros de legitimidad e idoneidad, se puede decir que la declaración anticipada de la víctima puede ser legítima e idónea para los efectos que persigue la ley N ,9999 °pero es desproporcionada e innecesaria, en el tanto no se da el derecho al contradicitorio al accionado para cumplir el cometido de garantizar la no revictimización y la no impunidad en supuestos contra menores de edad. Señala que el artículo 10 de la ley N 9999 °violenta el principio de inocencia consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política. El objeto de esa ley, tal y como se dispone en su artículo 2, es investigar y sancionar eventuales responsabilidades derivadas de: "... denuncia de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucra a una persona menor de edad o un grupo de personas menores de edad, como víctimas, conforme lo dispuesto en los artículos 66, inciso a), y 67 del Código de la Niñez y la Adolescencia". Es decir, se trata de nuevas causales consideradas como falta grave, adicionadas al artículo 60 del Estatuto de

Servicio Civil, que dispone: "*Artículo 60. — Además de las causales que enumera el artículo 43 de este Estatuto, se considera falta grave la violación de las prohibiciones que señala el artículo 58 y las causales del artículo 66, inciso a), del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739.*" Además de estas nuevas causales, se estandariza la forma de atención y abordaje de los procedimientos disciplinarios (docentes y administrativos) cuando la víctima es una persona menor de edad, sin hacer diferenciación de la especialidad de la materia, es decir, homogeniza las causas, aun las que no son de naturaleza sexual, como lo es el maltrato físico emocional, para que todas sean valoradas bajo los preceptos y principios que actualmente se aplican bajo la Ley de Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, Ley N° 7476 °El numeral en cuestión dispone que : "...En caso de duda, se optará por la que más beneficie a la persona menor de edad víctima...". Esto implica que, en caso de duda, el órgano decisor deberá interpretar obligatoriamente la prueba en favor de la persona menor de edad, y, consecuentemente, en contra de la persona accionada. Se trata de una disposición que invierte el principio de inocencia, porque enfrenta al accionado a una presunción de culpabilidad, en favor de la presunción de veracidad de la versión de la persona menor de edad denunciante, sobre todo si esta es la única prueba que existe en el expediente. Tal y como se señala en su último párrafo: "... En los casos en los que la única prueba que exista sea la declaración del menor o de la menor víctima, dicha declaración hará plena prueba, salvo que este haya sido debidamente desvirtuada por el servidor accionado." De ese modo, la norma impugnada obliga al órgano decisor, para que, en caso de duda, y cuando la única prueba sea la declaración de la persona menor víctima, a interpretar la prueba y la declaración de la víctima en favor de esta, y por consiguiente a favor de imponer la sanción del despido, lo cual, sin duda alguna, se contrapone a las garantías constitucionales que le asisten a las personas sometidas a procedimientos administrativo-disciplinarios. Señala que no se puede dejar de mencionar, además, que los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica, presunción de inocencia y defensa, se extienden también a los procedimientos administrativos de carácter disciplinario sancionatorio. La norma que se impugna dispone que: "*Toda prueba debe valorarse de conformidad con las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia*"; sin embargo, lo cierto es que, de la lectura del artículo, es claro que no solo se configura una inversión en la carga de la prueba, sino que se da una posición privilegiada al dicho de la víctima, que como se ha venido insistiendo, violenta los principios de defensa, in dubio pro trabajador, carga de la prueba e igualdad de cargas procesales. El principio de la carga de la prueba deriva directamente del principio de inocencia. De ahí que es imposible invertir la carga de la prueba. El accionado no debe probar su inocencia, por el contrario, es el órgano acusador el que debe demostrar, sin lugar a dudas, que el denunciado cometió la falta que se le imputa. Es por esto que, en los casos donde la prueba se reduce al testimonio o declaración de las partes, es imposible dotar de mayor valor a una de ellas, en vista que esta conducta resultaría contraria al derecho fundamental que consagra el artículo 33 de la Constitución Política. En este sentido, considera que el principio pro víctima es violatorio del derecho fundamental de igualdad procesal y, por lo tanto, es discriminatorio del accionado, en el tanto se le deslegitima y se le resta validez a su declaración por su carácter de accionado, generando una presunción ad homine, imposible de superar. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 24 consagra la necesidad de una igualdad procesal a sujetos de derecho, como en el caso que nos ocupa, donde en forma desigual y desproporcionada, se le otorga a la declaración de la víctima total credibilidad, provocando una ventaja indebida. En concordancia con lo anterior, el artículo 10 de la Ley N° ,9999violentia, además ,el principio in dubio pro operario que derivan del principio de inocencia. Refiere conocer bien la posición de la Sala Constitucional y la Sala Segunda. sobre la flexibilización de la carga de la prueba en materia de hostigamiento sexual, sustentada

precisamente en la relación de poder que dificulta la prueba de los hechos en esos casos, pero esto no exime al juez de una correcta valoración de la declaración de la víctima y solo si le merece credibilidad, por razones que debe indicar en cada caso concreto, tendrá por probada la culpabilidad del hostigador. El artículo 10, por el contrario, permite que, de manera automática en todos los casos, se le dé plena credibilidad a la declaración de la víctima en los procedimientos administrativos disciplinarios donde se discuta sobre la aplicación de la “Ley para prevenir la revictimización y garantizar los derechos de las personas menores de edad en el sistema educativo costarricense”, como si se tratara de una presunción *iuris tantum*, y, además es contraria al principio *in dubio pro operario*, aplicable incluso a situaciones en las que se investiguen denuncias por supuestos diferentes al hostigamiento sexual, tal como reza el artículo 2 de esta ley, que incorpora como causal de despido lo dispuesto por el artículo 66 inciso a) del Código de Niñez y Adolescencia. Considera que, se impone entonces, realizar una interpretación constitucional de la norma cuestionada, en los aspectos que impugna, a la luz del parámetro de razonabilidad y sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Indica que, si se aplica el parámetro de proporcionalidad, entendido conforme lo ha desarrollado esta honorable Sala, el acto o la disposición impugnada “... no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido”; es innegable que el principio *in dubio pro víctima*, introducido por el artículo 10 de la ley N° 9999 °cuando dispone que :“En caso de duda, se optará por la que más beneficie a la persona menor de edad víctima”, aplicable a todos los supuestos por lo que la denuncia sea planeada por un menor de edad estudiante; así como el dar el carácter de plena prueba, “en los casos en los que la única prueba que exista sea la declaración del menor o de la menor víctima”, resulta desproporcionado e ilegítimo y, por lo tanto, innecesaria, porque violenta los principios de presunción de inocencia, de defensa, *in dubio pro operario*, carga de la prueba e igualdad de cargas procesales. En conclusión, este numeral es inconstitucional. porque claramente vulnera los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, al invertir la carga de la prueba, y al darle carácter de plena prueba a la declaración de la víctima como única prueba de cargo, con la consecuente violación del principio de defensa, principio de inocencia, principio de *in dubio pro operario*, carga de la prueba e igualdad de cargas procesales, y al quedar más bien la persona denunciada obligada a demostrar que una denuncia es falsa, con pocos medios para hacerlo, ya que se rechazan por mandato de esta ley las pruebas de referencia, que en ocasiones son fundamentales para restarle credibilidad a una acusación. Aduce la inconstitucionalidad de la reforma de los artículos 14, inciso a); 43 inciso a); 62, 66 de la ley N° 1581 °Estatuto de Servicio Civil, de 30 de mayo de ,1953 reformados por la ley N° 9999 °así como la adición del párrafo segundo al artículo 71 de la ley N° 1581, por violación al principio de igualdad y debido proceso. Indica que los artículos 14 inciso a) y 43 del Estatuto de Servicio Civil, reformados por la Ley N° ,9999 eliminan la intervención de la Dirección General de Servicio Civil en los procedimientos de despido de servidores y servidoras del Ministerio de Educación Pública, sean docentes y administrativos, por las causales del artículo 66, inciso a), de la Ley N° 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998. A partir de esta reforma, la instrucción previa debe ser realizada a lo interno por el Ministerio de Educación Pública y, posteriormente someter y elevar la gestión de despido directamente por parte del ministro o ministra de Educación Pública ante el Tribunal de Servicio Civil. Las normas se impugnan en lo subrayado: “Artículo 14.—Son atribuciones del Tribunal de Servicio Civil conocer: a) En primera instancia los casos de despido, previa información levantada por la Dirección General, salvo cuando se trate de procedimientos de despido de servidores y servidoras del Ministerio de Educación Pública, sean docentes y administrativos, por las causales del artículo 66, inciso a) de la Ley N° 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998,

en cuyo caso la gestión de despido se presentará directamente ante el Tribunal de Servicio Civil, previa instrucción realizada a lo interno del Ministerio de Educación Pública, según lo dispuesto en el título 11, capítulo IV, artículos 59 y siguientes del Estatuto de Servicio Civil.” “Artículo 43-[...] a) El ministro o la ministra someterá por escrito, a conocimiento de la Dirección General de Servicio Civil, su decisión de despedir a la persona trabajadora con expresión de las razones legales y los hechos que la funda, salvo cuando se trate de procedimientos de despido de servidores y servidoras del Ministerio de Educación Pública, sean docentes y administrativos, por las causales del artículo 66, inciso a), de la Ley N° 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998. En estos casos, realizada la instrucción por parte del Ministerio de Educación Pública, el ministro o la ministra someterá por escrito, al Tribunal de Servicio Civil, la gestión de despido.” Apunta que las nomas que se impugnan, infringen el principio de igualdad procesal, y resultan contrarias a lo dispuesto en los artículos 33 y 41 de la Constitución Política, así como el artículo 24 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos; puesto que se trata de normas discriminatorias y desiguales para aquellos procedimientos administrativo disciplinarios, que se abran para quienes resulten denunciados en los supuestos del artículo 66, inciso a) de la Ley N° 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998, por casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor. Se está ante un procedimiento administrativo diferente, para quienes sean denunciados bajo los indicados supuestos, en relación con las personas funcionarias docentes que sean denunciados por otros hechos distintos a los tipificados en la norma impugnada. Así se tiene que, ante una gestión de despido, para quienes sean denunciados por supuestos diferentes a los señalados en el artículo 66 inciso a) del Código de Niñez y Adolescencia, el jerarca ministerial debe someter por escrito a conocimiento de la Dirección General de Servicio Civil, su decisión de despedir al trabajador para que posteriormente, tal y como reza el inciso b) del artículo 43 de ese mismo cuerpo legal. Y, finalmente, tal y como lo dispone el artículo 43 inciso e), una vez realizada la instrucción por parte de la Dirección General de Servicio Civil, se “... enviará el expediente al Tribunal de Servicio Civil, que dictará el fallo del caso.” Por lo expuesto, fundamenta la presente acción en contra de la reforma introducida a los artículos 14 y 43 inciso a) del Estatuto de Servicio Civil, en el tanto, sin fundamento jurídico ni racional que lo sustente para los procedimientos administrativos disciplinarios regulados por el Estatuto de Servicio Civil, se crearon dos procedimientos distintos y por lo tanto discriminatorias entre las personas que laboran para el Ministerio de Educación Pública, lo cual violenta el principio de igualdad procesal. Por otra parte, se impugna el artículo 62 del Estatuto de Servicio Civil, reformado por la Ley N° 9999, al eliminar la posibilidad de que el Tribunal de la Carrera Docente, en los supuestos del artículo 66, inciso a) de la Ley N° 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998, pueda recomendar al ministro o la ministra de Educación Pública, la conmutación de la sanción del despido, por el descenso del servidor al grado inmediato inferior, o bien, la suspensión del cargo sin goce de sueldo de tres a seis meses. La referida norma dispone: “Artículo 62.—Toda falta grave podrá ser sancionada con el despido sin responsabilidad para el Estado. No obstante, cuando el Tribunal de la Carrera Docente, que establece este capítulo, así lo recomiende, previo examen de la naturaleza de la falta y los antecedentes del servidor y siempre que no se trate de los supuestos del artículo 66, inciso a) de la Ley N° 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998, el ministro o la ministra de Educación Pública podrá conmutar dicha sanción por el descenso del servidor al grado inmediato inferior, caso de ser posible, o bien, por suspensión del cargo sin goce de sueldo de tres a seis meses.” Finalmente, impugna el artículo 66 del Estatuto de Servicio Civil, reformado por ley N° 9999, así como la adición del párrafo segundo al artículo 71 del Estatuto de Servicio Civil, porque eliminan la posibilidad de recurrir y de trasladar el

expediente ante el Tribunal de Carrera Docente, en aquellos casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucren al alumnado como víctima o victimario, conforme reza el artículo 66 inciso a) del Código de la Niñez y Adolescencia. Al efecto, cita en negrita lo impugnado de las citadas normas :“*Artículo 66- [...] Contra las resoluciones del director o la directora de la Dirección de Recursos Humanos, dictadas en los procedimientos a que este capítulo se refiere, excepto las comprendidas en el primer párrafo de este mismo artículo y las dictadas en procedimientos iniciados por las causales establecidas en el artículo 66, inciso a) de la ley N° 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998, caben los recursos de revocatoria y apelación ante el Tribunal de la Carrera Docente, cuando sean interpuestos dentro de un plazo de cinco días hábiles.* En los casos de las causales del artículo 66 del Código de la Niñez y Adolescencia, el recurso de revocatoria se planteará ante la Dirección de Recursos Humanos y el de apelación ante el ministro o la ministra de Educación.” “*Artículo 71- [...] Tampoco procederá el traslado del expediente al Tribunal de Carrera Docente cuando se trate de casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucren al alumnado como víctima o victimario, en cuyo caso el asunto se elevará a conocimiento del ministro o la ministra de Educación Pública, quien dispondrá lo conducente en el término de un mes contado a partir del recibo del expediente.*” De las normas impugnadas en los aspectos subrayados y destacados en negrita, señala que, en el caso del artículo 66 del Estatuto de Servicio Civil, se cercenó la posibilidad para aquellas personas funcionarias que ostentan título docente, y sean denunciadas por casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucren a una persona menor de edad estudiante como víctima, que la Dirección de Recursos Humanos del MEP, traslade el expediente al Tribunal de la Carrera Docente, para lo que proceda en derecho. Y en adelante, en estos casos el expediente debe ser elevado directamente a conocimiento del ministro o ministra de Educación Pública. Y para el caso de la adición introducida al artículo 71 del Estatuto de Servicio Civil, que elimina la posibilidad de recurrir en una segunda instancia, para ante el Tribunal de la Carrera Docente, considera que también constituye una violación de los artículos 33 y 41 de la Constitución Política, así como al artículo 24 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. La reforma del artículo 66 y la adición introducida por la ley N° 9999 °al Estatuto de Servicio Civil, carece de fundamento jurídico y racional, porque tal y como lo señaló anteriormente, esa ley genera la coexistencia de dos procedimientos administrativos disciplinarios y regímenes recursivos distintos y, por lo tanto, discriminatorios hacia las personas funcionarias que laboran para el Ministerio de Educación Pública. Por ello, resulta muy grave, que dependiendo de las faltas disciplinarias que se atribuyen a las personas funcionarias docentes, algunas de ellas puedan impugnar en segunda instancia ante el Tribunal de la Carrera Docente, mientras que a otras les esté impedido hacerlo, violentándose el principio de igualdad ante la ley y el derecho fundamental de un debido proceso, que impone en este caso, que ambos tipos de accionados o denunciados deben ser tratados de la misma forma y tener las mismas oportunidades procesales. Se trata entonces, de una diferencia injustificada ,desproporcionada, ilegítima e inidónea y; por ende ,inconstitucional, que no se atiene a ninguna base objetiva, ni razonable. Por el contrario, todas las personas a quienes se les abre un procedimiento administrativo disciplinario, a la luz del Estatuto de Servicio Civil, en su condición de personas trabajadoras del MEP. deben gozar de las mismas instancias recursivas y de procedimiento. Concluye que los artículos 7 y 10 introducidos por la ley N° ,9999 así como la reforma de los artículos 14, inciso a), 43 inciso a), 62, 66 de la ley N° ,1581Estatuto de Servicio Civil, reformados por la ley N° ,9999 °y la adición del párrafo segundo al artículo 71 de la ley N° 1581, Estatuto de Servicio Civil, violentan los principios de razonabilidad y proporcionalidad, legitimidad y necesidad, según los

parámetros definidos por la Sala Constitucional. Recalca y resalta que, con esta acción de inconstitucionalidad no se pretende desmeritar los principios que informan la ley N ° ,9999 contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño ,y coincide plenamente en la necesidad de prevenir la revictimización de las personas menores de edad en el sistema educativo costarricense. Sin embargo, señala que no se puede obviar la existencia de otros principios y garantías constitucionales, como el de inocencia, debido proceso, defensa, igualdad y el fin rector de los procedimientos disciplinarios, cual es la averiguación de la verdad real de los hechos. Es por ello que considera que la violación de las normas cuestionadas se da irremediablemente, en el tanto no hay una justificación válida, para que haya un valor preponderante a los principios especiales que rigen la materia de niñez y adolescencia, sobre los derechos y garantías constitucionales de quien figure como accionado. Ante lo señalado, refiere que se impone un análisis a la luz del principio de razonabilidad, que es la técnica jurídica y argumentativa encaminada a determinar si una intervención que realizó el legislador o una autoridad administrativa en un derecho fundamental, se ajusta o no a la Constitución. Indica que, conforme a los parámetros derivados del principio de razonabilidad, se puede concluir que las normas impugnadas no son idóneas, porque no contribuyen a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. No son necesarias, puesto que se está dando mayor relevancia a uno de los intereses, a costa de la intervención y desmejora de otros derechos fundamentales. No guardan proporcionalidad en sentido estricto, entre el fin y los medios. Y por lo tanto no son necesarias, porque establecen medidas más gravosas, ya que violentan el principio de inocencia, el debido proceso y el principio de igualdad ante la ley. Acota que no existen derechos absolutos, que siempre prevalezcan sobre otros, sino que en cada caso de colisión habrá que llevarse a cabo una ponderación de los derechos en juego para determinar cuál de ellos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, debe prevalecer en ese caso concreto. De ahí que Se impone un análisis a la luz de los parámetros de legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a fin de determinar y resolver si una intervención que realizó el legislador a través de la ley N ,9999 °en los artículos cuestionados, se ajusta o no a la Constitución .Esta acción se admite por reunir los requisitos a que se refiere la Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus artículos 73 a 79. La legitimación de la accionante proviene de la existencia de intereses corporativos, al defender la Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza (APSE), los derechos de sus agremiados que son personas trabajadoras que laboran en centros educativos del Ministerio de Educación Pública. Publíquese por tres veces consecutivas un aviso en el *Boletín Judicial* sobre la interposición de la acción. **Efectos jurídicos de la interposición de la acción:** La publicación prevista en el numeral 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional tiene por objeto poner en conocimiento de los tribunales y los órganos que agotan la vía administrativa, que la demanda de inconstitucionalidad ha sido establecida, a los efectos de que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución, tampoco se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho pronunciamiento del caso. De este precepto legal se extraen varias reglas. La primera, y quizás la más importante, es que la interposición de una acción de inconstitucionalidad no suspende la eficacia y aplicabilidad en general de las normas. La segunda, es que solo se suspenden los actos de aplicación de las normas impugnadas por las autoridades judiciales en los procesos incoados ante ellas, o por las administrativas, en los procedimientos tendientes a agotar la vía administrativa, pero no su vigencia y aplicación en general. La tercera regla, es que la Sala puede graduar los alcances del efecto suspensivo de la acción. La cuarta es que -en principio-, en los casos de acción directa, **como ocurre en esta acción**, que se acude en defensa de los intereses corporativos, no opera el efecto suspensivo de la interposición (véase voto N537 °-91 del Tribunal

Constitucional). Es decir, la suspensión de la aplicación de las normas impugnadas, en sede administrativa, solo opera en aquellos casos donde existe un proceso de agotamiento de vía administrativa, lo cual supone la interposición de un recurso de alzada o de reposición contra el acto final por parte de un administrado. Donde no existe contención en relación con la aplicación de la norma, no procede la suspensión de su eficacia y aplicabilidad. En otras palabras, en todos aquellos asuntos donde no existe un procedimiento de agotamiento de vía administrativa, en los términos arriba indicados, la norma debe continuarse aplicando, independientemente de si beneficia -acto administrativo favorable- o perjudica al justiciable -acto desfavorable no impugnado-. Dentro de los quince días posteriores a la primera publicación del citado aviso, podrán apersonarse quienes figuren como partes en asuntos pendientes a la fecha de interposición de esta acción, en los que se discuta la aplicación de lo impugnado o aquellos con interés legítimo, a fin de coadyuvar en cuanto a su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interese. Se hace saber además, que de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y conforme lo ha resuelto en forma reiterada la Sala (resoluciones 0536-91, 0537-91, 0554-91 y 0881-91) esta publicación no suspende la vigencia de la norma en general, sino únicamente su aplicación en los casos y condiciones señaladas. La contestación a la audiencia conferida en esta resolución deberá ser presentada **una única vez**, utilizando solo uno de los siguientes medios: documentación física presentada directamente en la Secretaría de la Sala; el sistema de fax; documentación electrónica por medio del Sistema de **Gestión en Línea**; o bien, a la dirección de correo electrónico **Informes-SC@poder-judicial.go.cr**, la cual es correo exclusivo dedicado a la recepción de informes. En cualquiera de los casos, la contestación y demás documentos deberán indicar de manera expresa el número de expediente al cual van dirigidos. La contestación que se rindan por medios electrónicos, deberá consignar la firma de la persona responsable que lo suscribe, ya sea digitalizando el documento físico que contenga su firma, o por medio de la firma digital, según las disposiciones establecidas en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, N° 8454, a efectos de acreditar la autenticidad de la gestión. Se advierte que los documentos generados electrónicamente o digitalizados que se presenten por el Sistema de Gestión en Línea o por el correo electrónico señalado, no deberán superar los 3 Megabytes. Notifíquese. / Fernando Castillo Víquez, Presidente. ».

San José, 25 de enero del 2022.

Luis Roberto Ardón Acuña
Secretario

O.C. N° 364-12-2021B. — Sol. N° 68-2017-JA. — (IN2022618537).

PRIMERA PUBLICACIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dentro de la acción de inconstitucionalidad número 21-025850-0007-CO que promueve Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza, se ha dictado la resolución que literalmente dice: «Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las quince horas ocho minutos del veintiuno de enero de dos mil veintidós. /Se da curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Zaray Esquivel Molina, en su condición de presidenta y representante judicial y extrajudicial de la Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza (APSE), para que se declaren inconstitucionales los artículos 7, 10, 14 inciso a) y 43 inciso a) de la Ley para prevenir la revictimización y garantizar los derechos de las personas menores

de edad en el Sistema Educativo Costarricense, N° 9999, de 27 de agosto del 2021, y los numerales 62, 66 y 71 del Estatuto de Servicio Civil, reformados por esa misma ley, por estimarlos contrarios al derecho al debido proceso y de los principios de inocencia, razonabilidad, igualdad y no discriminación de las personas trabajadoras que laboran en los centros educativos del Ministerio de Educación Pública. Se confiere audiencia por quince días a la Procuraduría General de la República, al Ministro de Educación Pública, al Director General del Servicio Civil y a la Presidenta Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia. Las normas se impugnan por los motivos que se describen a continuación. Refiere que la ley N° 9999 vino a adicionar y ajustar el Estatuto de Servicio Civil, en su título I y II, con el objetivo de evitar la revictimización de las personas menores de edad estudiantes y dar contenido operativo y práctico al principio del interés superior en los procedimientos disciplinarios abiertos en el Ministerio de Educación Pública y en el Servicio Civil para investigar y, eventualmente, sancionar a las y los funcionarios, que con sus conductas lesionen la integridad física, emocional o sexual de los niños, niñas y adolescentes estudiantes. También vino a estandarizar la forma de atención y abordaje de los procedimientos disciplinarios (docentes y administrativos) cuando la víctima es una persona menor de edad sin hacer diferenciación de la especialidad de la materia; es decir, homogeniza las causas, independientemente que estas sean de índole sexual para que todas sean valoradas bajo los preceptos y principios que actualmente se aplican bajo la Ley de Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, Ley N° 7476. La ley 9999 consta de tres artículos. El artículo primero, desarrolla el nuevo texto legal, denominado: “Ley para Prevenir la Revictimización y Garantizar los Derechos de las Personas Menores de Edad en el Sistema Educativo Costarricense”: artículo que, a su vez, consta de 14 artículos distribuidos en tres capítulos, en los cuales se desarrollan los principios rectores que orientan el derecho de la niñez y adolescencia (interés superior, igualdad y no discriminación, supervivencia y desarrollo, participación y; el de autonomía progresiva), principios procesales (confidencialidad, de la inmediación de la prueba, libertad probatoria, representación, la concentración y celeridad procesal y la incorporación del principio provictima, según el cual, en caso de duda en la aplicación e interpretación de una norma, se estará siempre a lo que resulte más favorable para la víctima), normas procesales novedosas, como la declaración anticipada de la víctima; definiciones y términos; disposiciones sustantivas, tales como el deber de protección del Ministerio de Educación de prevenir, desalentar, y sancionar la revictimización de las personas menores de edad denunciantes y el deber de asistencia a las víctimas, entre otras. El artículo segundo, dispone la modificación de los artículos 14, inciso a); 43 inciso a); 60; 62; 66, párrafo 3°, 67, 68 y 190, incisos a) y ch) del Estatuto de Servicio Civil. Y, el 3°, adiciona un párrafo segundo a los artículos 71 y 75 del Estatuto de Servicio Civil, para que, en adelante, los casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucren al alumnado como víctima o victimario, sean elevados directamente a conocimiento del ministro o ministra de Educación Pública, sin que previamente pasen por la valoración del Tribunal de la Carrera Docente. Señala que el artículo 7 de la ley N° 9999 violenta el principio de defensa y debido proceso. Con la reforma, denota en primer término, que se introduce la posibilidad de la declaración anticipada de la víctima, “cuando así lo ameriten el caso y las circunstancias”; en segundo término, que una vez tomada la declaración, “no se requerirá una ratificación posterior de la denuncia”; en tercer término, que “dicha declaración habrá de servir como elemento probatorio en todas las etapas y fases del procedimiento” y finalmente, que: “No obstante, ello no será óbice para que la víctima amplíe su testimonio, si así lo desea.” Conforme lo anterior, se trata de una norma que introduce la posibilidad de la declaración anticipada de la víctima, pero que resulta omisa, en cuanto a la participación

del accionado, para que este pueda ejercer su derecho a la pregunta y repregunta, que es la principal razón de ser del acto de comparecencia o contradictorio dentro de todo proceso disciplinario, más tratándose que de una prueba anticipada de cargo, en la que, eventualmente se fundamentará la gestión de despido. Resalta que, en el procedimiento administrativo disciplinario regulado por el Estatuto de Servicio Civil, cuando se ha omitido la participación oportuna del denunciado en la evacuación de la declaración el denunciante y demás testigos, en reiteradas ocasiones el Tribunal Administrativo de Servicio Civil ha considerado esta práctica como una lesión al derecho de defensa. Indica que la jurisprudencia constitucional también es abundante y contundente en el tema de la violación al debido proceso y el derecho de defensa, cuando no se brinda participación al accionado, en aquellos casos en que se realiza una investigación preliminar con anterioridad a la apertura de un proceso administrativo, y en el que se evacuan ciertas pruebas, para luego hacerlas valer durante el procedimiento. El antípodo de prueba creado por la Ley N°9999, en su artículo 7, que posibilita la declaración anticipada de la víctima, con carácter de “elemento probatorio en todas las etapas y fases del procedimiento”, sin que se requiera una ratificación posterior de la denuncia, y que resulta omisa, sobre la oportunidad que debe otorgarse al accionado de ejercer el derecho a interrogar a la supuesta víctima declarante, constituye una flagrante vulneración del derecho del contradictorio, que es parte consustancial del debido proceso y el derecho de defensa y; por consiguiente, tiene serias repercusiones no solo en el ámbito administrativo disciplinario, sino en la eventualidad que el caso deba ser ventilado en sede judicial. Adicionalmente, afirma que resulta muy cuestionable, la única frase del artículo 7, que señala “... *ello no será óbice para que la víctima amplíe su testimonio, si así lo desea.*”, por lo siguiente: 1.- La ampliación del testimonio de la víctima podría darse incluso después del dictado o notificación del traslado de cargos. 2.- El traslado de cargos podría no ser puntual y con ello el caso podría no imputarse de una manera precisa, lo que acarrearía que el mismo inicie con irregularidades. Conforme lo expuesto, señala que una regulación de esa naturaleza genera una grave vulneración al principio de seguridad jurídica. que implica para causas disciplinarias, que el accionado conozca el objeto del procedimiento sobre el que se defiende. Denota que el traslado de cargos es la base de todo procedimiento, y lo que ahí se indica traba el procedimiento, y es sobre esto, que el denunciado debe defenderse. Si ahí no se contempló toda la prueba y aún peor, si los hechos no están detallados o no se adecuan a la prueba, luego no se pueden “corregir” esos defectos y el procedimiento estaría con serias falencias desde su inicio. Refiere que, debe tenerse presente que el procedimiento que nos ocupa es de naturaleza sancionatoria, por lo tanto, debe garantizar al accionado los derechos constitucionales propios de este tipo de procesos, como lo son: el de intimación e imputación. Adicionalmente, señala que el traslado de cargos en un procedimiento sancionatorio debe ser individualizado concreto y oportuno, de lo contrario existiría una violación al derecho de defensa. Por lo anterior, se puede colegir, que lo dispuesto en el artículo 7 de esta ley cuando permite la “*declaración anticipada de la víctima*” y “... *que la víctima amplíe su testimonio, si así lo desea*”, se trata de una regulación que impide que la persona denunciada tenga la posibilidad real de ejercer su defensa técnica legal, que no es más que la garantía constitucional del debido proceso, que se deduce del artículo 41 de la Constitución Política. Se cuestiona cómo se garantiza el debido proceso con este tipo de falencias, puesto que lo que puede devenir es una nulidad posterior y una eventual prescripción de la causa. Aduce que ese artículo 7 reduce el parámetro de garantías constitucionales, al haber una desmejora del parámetro de garantía que aplica solo en supuestos de denuncias por acoso sexual. De ahí que el estándar de garantía que existe actualmente en el caso de otros supuestos, se está reduciendo, porque conforme lo dispone

este numeral, se está sometiendo a regulaciones más rigurosas y a un procedimiento distinto. Considera entonces, que se impone realizar una interpretación constitucional de la norma cuestionada, a la luz del parámetro de razonabilidad y sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Indica que, en ese sentido, si se aplica el parámetro de proporcionalidad, entendido conforme lo ha desarrollado esta Sala, el acto o la disposición impugnada “... *no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido*”, es innegable que la “declaración anticipada de la víctima”, que como norma procesal novedosa introduce el artículo 7 al procedimiento administrativo disciplinario regulado por el Estatuto de Servicio Civil, en los supuestos contemplados en el artículo 66 inciso a) del Código de la Niñez y Adolescencia, conforme reza el artículo 2 de la Ley N°9999, es desproporcionado y, por lo tanto, no es necesario, porque se pudo haber establecido una medida menos gravosa, como lo es que, ante la figura de la declaración anticipada de la víctima, se hubiese permitido al accionado ejercer el contradictorio. Y si se aplican los parámetros de legitimidad e idoneidad, se puede decir que la declaración anticipada de la víctima puede ser legítima e idónea para los efectos que persigue la ley N°9999, pero es desproporcionada e innecesaria, en el tanto no se da el derecho al contradictorio al accionado para cumplir el cometido de garantizar la no revictimización y la no impunidad en supuestos contra menores de edad. Señala que el artículo 10 de la ley N° 9999 violenta el principio de inocencia consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política. El objeto de esa ley, tal y como se dispone en su artículo 2, es investigar y sancionar eventuales responsabilidades derivadas de: “... *denuncia de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucra a una persona menor de edad o un grupo de personas menores de edad, como víctimas, conforme lo dispuesto en los artículos 66, inciso a), y 67 del Código de la Niñez y la Adolescencia*”. Es decir, se trata de nuevas causales consideradas como falta grave, adicionadas al artículo 60 del Estatuto de Servicio Civil, que dispone: “*Artículo 60.- Además de las causales que enumera el artículo 43 de este Estatuto, se considera falta grave la violación de las prohibiciones que señala el artículo 58 y las causales del artículo 66, inciso a), del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.º 7739.*” Además de estas nuevas causales, se estandariza la forma de atención y abordaje de los procedimientos disciplinarios (docentes y administrativos) cuando la víctima una persona menor de edad, sin hacer diferenciación de la especialidad de la materia, es decir, homogeniza las causas, aun las que no son de naturaleza sexual, como lo es el maltrato físico emocional, para que todas sean valoradas bajo los preceptos y principios que actualmente se aplican bajo la Ley de Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, Ley N°7476. El numeral en cuestión dispone que: “...*En caso de duda, se optará por la que más beneficie a la persona menor de edad víctima...*”. Esto implica que, en caso de duda, el órgano decisor deberá interpretar obligatoriamente la prueba en favor de la persona menor de edad, y, consecuentemente, en contra de la persona accionada. Se trata de una disposición que invierte el principio de inocencia, porque enfrenta al accionado a una presunción de culpabilidad, en favor de la presunción de veracidad de la versión de la persona menor de edad denunciante, sobre todo si esta es la única prueba que existe en el expediente. Tal y como se señala en su último párrafo: “... *En los casos en los que la única prueba que exista sea la declaración del menor o de la menor víctima, dicha declaración hará plena prueba, salvo que este haya sido debidamente desvirtuada por el servidor accionado.*” De ese modo, la norma impugnada obliga al órgano decisor, para que, en caso de duda, y cuando la única prueba sea la declaración de la persona menor víctima, a interpretar la prueba y la declaración de la víctima en favor de esta, y por consiguiente a favor de imponer la sanción del despido, lo cual, sin duda alguna, se contrapone a las garantías constitucionales que le asisten a las personas sometidas a procedimientos administrativo-disciplinarios. Señala que

no se puede dejar de mencionar, además, que los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica, presunción de inocencia y defensa, se extienden también a los procedimientos administrativos de carácter disciplinario sancionatorio. La norma que se impugna dispone que: *"Toda prueba debe valorarse de conformidad con las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia"*; sin embargo, lo cierto es que, de la lectura del artículo, es claro que no solo se configura una inversión en la carga de la prueba, sino que se da una posición privilegiada al dicho de la víctima, que como se ha venido insistiendo, violenta los principios de defensa, *in dubio pro trabajador*, carga de la prueba e igualdad de cargas procesales. El principio de la carga de la prueba deriva directamente del principio de inocencia. De ahí que es imposible invertir la carga de la prueba. El accionado no debe probar su inocencia, por el contrario, es el órgano acusador el que debe demostrar, sin lugar a dudas, que el denunciado cometió la falta que se le imputa. Es por esto que, en los casos donde la prueba se reduce al testimonio o declaración de las partes, es imposible dotar de mayor valor a una de ellas, en vista que esta conducta resultaría contraria al derecho fundamental que consagra el artículo 33 de la Constitución Política. En este sentido, considera que el principio *pro víctima* es violatorio del derecho fundamental de igualdad procesal y, por lo tanto, es discriminatorio del accionado, en el tanto se le deslegitima y se le resta validez a su declaración por su carácter de accionado, generando una presunción *ad homine*, imposible de superar. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 24 consagra la necesidad de una igualdad procesal a sujetos de derecho, como en el caso que nos ocupa, donde en forma desigual y desproporcionada, se le otorga a la declaración de la víctima total credibilidad, provocando una ventaja indebida. En concordancia con lo anterior, el artículo 10 de la Ley N°9999, violenta, además, el principio *in dubio pro operario* que derivan del principio de inocencia. Refiere conocer bien la posición de la Sala Constitucional y la Sala Segunda, sobre la flexibilización de la carga de la prueba en materia de hostigamiento sexual, sustentada precisamente en la relación de poder que dificulta la prueba de los hechos en esos casos, pero esto no exime al juez de una correcta valoración de la declaración de la víctima y solo si le merece credibilidad, por razones que debe indicar en cada caso concreto, tendrá por probada la culpabilidad del hostigador. El artículo 10, por el contrario, permite que, de manera automática en todos los casos, se le dé plena credibilidad a la declaración de la víctima en los procedimientos administrativos disciplinarios donde se discuta sobre la aplicación de la “Ley para prevenir la revictimización y garantizar los derechos de las personas menores de edad en el sistema educativo costarricense”, como si se tratara de una presunción *iuris tantum*, y, además es contraria al principio *in dubio pro operario*, aplicable incluso a situaciones en las que se investiguen denuncias por supuestos diferentes al hostigamiento sexual, tal como reza el artículo 2 de esta ley, que incorpora como causal de despido lo dispuesto por el artículo 66 inciso a) del Código de Niñez y Adolescencia. Considera que, se impone entonces, realizar una interpretación constitucional de la norma cuestionada, en los aspectos que impugna, a la luz del parámetro de razonabilidad y sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Indica que, si se aplica el parámetro de proporcionalidad, entendido conforme lo ha desarrollado esta honorable Sala, el acto o la disposición impugnada “... no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido”; es innegable que el principio *in dubio pro víctima*, introducido por el artículo 10 de la ley N° 9999, cuando dispone que: “En caso de duda, se optará por la que más beneficie a la persona menor de edad víctima”, aplicable a todos los supuestos por lo que la denuncia sea planeada por un menor de edad estudiante; así como el dar el carácter de plena prueba, “en los casos en los que la única prueba que exista sea la declaración del menor o de la menor víctima”, resulta desproporcionado e ilegítimo y, por lo tanto, innecesaria, porque violenta los principios de presunción de inocencia, de defensa, *in dubio pro operario*, carga

de la prueba e igualdad de cargas procesales. En conclusión, este numeral es constitucional, porque claramente vulnera los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, al invertir la carga de la prueba, y al darle carácter de plena prueba a la declaración de la víctima como única prueba de cargo, con la consecuente violación del principio de defensa, principio de inocencia, principio de in dubio pro operario, carga de la prueba e igualdad de cargas procesales, y al quedar más bien la persona denunciada obligada a demostrar que una denuncia es falsa, con pocos medios para hacerlo, ya que se rechazan por mandato de esta ley las pruebas de referencia, que en ocasiones son fundamentales para restarle credibilidad a una acusación. Aduce la constitucionalidad de la reforma de los artículos 14, inciso a); 43 inciso a); 62, 66 de la ley N° 1581, Estatuto de Servicio Civil, de 30 de mayo de 1953, reformados por la ley N°9999, así como la adición del párrafo segundo al artículo 71 de la ley 1581, por violación al principio de igualdad y debido proceso. Indica que los artículos 14 inciso a) y 43 del Estatuto de Servicio Civil, reformados por la Ley N°9999, eliminan la intervención de la Dirección General de Servicio Civil en los procedimientos de despido de servidores y servidoras del Ministerio de Educación Pública, sean docentes y administrativos, por las causales del artículo 66, inciso a), de la Ley 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998. A partir de esta reforma, la instrucción previa debe ser realizada a lo interno por el Ministerio de Educación Pública y, posteriormente someter y elevar la gestión de despido directamente por parte del ministro o ministra de Educación Pública ante el Tribunal de Servicio Civil. Las normas se impugnan en lo subrayado: *"Artículo 14- Son atribuciones del Tribunal de Servicio Civil conocer: a) En primera instancia los casos de despido, previa información levantada por la Dirección General, salvo cuando se trate de procedimientos de despido de servidores y servidoras del Ministerio de Educación Pública, sean docentes y administrativos, por las causales del artículo 66, inciso a) de la Ley 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998, en cuyo caso la gestión de despido se presentará directamente ante el Tribunal de Servicio Civil, previa instrucción realizada a lo interno del Ministerio de Educación Pública, según lo dispuesto en el título 11, capítulo IV, artículos 59 y siguientes del Estatuto de Servicio Civil."* "Artículo 43- [...] a) El ministro o la ministra someterá por escrito, a conocimiento de la Dirección General de Servicio Civil, su decisión de despedir a la persona trabajadora con expresión de las razones legales y los hechos que la funda, salvo cuando se trate de procedimientos de despido de servidores y servidoras del Ministerio de Educación Pública, sean docentes y administrativos, por las causales del artículo 66, inciso a), de la Ley 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998. En estos casos, realizada la instrucción por parte del Ministerio de Educación Pública, el ministro o la ministra someterá por escrito, al Tribunal de Servicio Civil, la gestión de despido." Apunta que las normas que se impugnan, infringen el principio de igualdad procesal, y resultan contrarias a lo dispuesto en los artículos 33 y 41 de la Constitución Política, así como el artículo 24 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos; puesto que se trata de normas discriminatorias y desiguales para aquellos procedimientos administrativo disciplinarios, que se abren para quienes resulten denunciados en los supuestos del artículo 66, inciso a) de la Ley N° 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998, por casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor. Se está ante un procedimiento administrativo diferente, para quienes sean denunciados bajo los indicados supuestos, en relación con las personas funcionarias docentes que sean denunciados por otros hechos distintos a los tipificados en la norma impugnada. Así se tiene que, ante una gestión de despido, para quienes sean denunciados por supuestos diferentes a los señalados en el artículo 66 inciso a) del Código de Niñez y Adolescencia, el jerarca ministerial debe someter por escrito a conocimiento de la Dirección General de Servicio Civil, su decisión de despedir al trabajador para que posteriormente, tal y como reza el inciso b) del artículo 43 de ese mismo cuerpo

legal. Y, finalmente, tal y como lo dispone el artículo 43 inciso e), una vez realizada la instrucción por parte de la Dirección General de Servicio Civil, se “... enviará el expediente al Tribunal de Servicio Civil, que dictará el fallo del caso.” Por lo expuesto, fundamenta la presente acción en contra de la reforma introducida a los artículos 14 y 43 inciso a) del Estatuto de Servicio Civil, en el tanto, sin fundamento jurídico ni racional que lo sustente para los procedimientos administrativos disciplinarios regulados por el Estatuto de Servicio Civil, se crearon dos procedimientos distintos y por lo tanto discriminatorias entre las personas que laboran para el Ministerio de Educación Pública, lo cual violenta el principio de igualdad procesal. Por otra parte, se impugna el artículo 62 del Estatuto de Servicio Civil, reformado por la Ley N° 9999, al eliminar la posibilidad de que el Tribunal de la Carrera Docente, en los supuestos del artículo 66, inciso a) de la Ley 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998, pueda recomendar al ministro o la ministra de Educación Pública, la conmutación de la sanción del despido, por el descenso del servidor al grado inmediato inferior, o bien, la suspensión del cargo sin goce de sueldo de tres a seis meses. La referida norma dispone: “Artículo 62- Toda falta grave podrá ser sancionada con el despido sin responsabilidad para el Estado. No obstante, cuando el Tribunal de la Carrera Docente, que establece este capítulo, así lo recomiende, previo examen de la naturaleza de la falta y los antecedentes del servidor y siempre que no se trate de los supuestos del artículo 66, inciso a) de la Ley 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998, el ministro o la ministra de Educación Pública podrá conmutar dicha sanción por el descenso del servidor al grado inmediato inferior, caso de ser posible, o bien, por suspensión del cargo sin goce de sueldo de tres a seis meses.” Finalmente, impugna el artículo 66 del Estatuto de Servicio Civil, reformado por ley N°9999, así como la adición del párrafo segundo al artículo 71 del Estatuto de Servicio Civil, porque eliminan la posibilidad de recurrir y de trasladar el expediente ante el Tribunal de Carrera Docente, en aquellos casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucren al alumnado como víctima o victimario, conforme reza el artículo 66 inciso a) del Código de la Niñez y Adolescencia. Al efecto, cita en negrita lo impugnado de las citadas normas: “Artículo 66-[...] Contra las resoluciones del director o la directora de la Dirección de Recursos Humanos, dictadas en los procedimientos a que este capítulo se refiere, excepto las comprendidas en el primer párrafo de este mismo artículo y las dictadas en procedimientos iniciados por las causales establecidas en el artículo 66, inciso a) de la ley N°7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998,caben los recursos de revocatoria y apelación ante el Tribunal de la Carrera Docente, cuando sean interpuestos dentro de un plazo de cinco días hábiles. En los casos de las causales del artículo 66 del Código de la Niñez y Adolescencia, el recurso de revocatoria se planteará ante la Dirección de Recursos Humanos y el de apelación ante el ministro o la ministra de Educación.” “Artículo 71- [...] Tampoco procederá el traslado del expediente al Tribunal de Carrera Docente cuando se trate de casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucren al alumnado como víctima o victimario, en cuyo caso el asunto se elevará a conocimiento del ministro o la ministra de Educación Pública, quien dispondrá lo conducente en el término de un mes contado a partir del recibo del expediente.” De las normas impugnadas en los aspectos subrayados y destacados en negrita, señala que, en el caso del artículo 66 del Estatuto de Servicio Civil, se cercenó la posibilidad para aquellas personas funcionarias que ostentan título docente, y sean denunciadas por casos de maltrato físico, emocional, abuso sexual o trato corruptor, que involucren a una persona menor de edad estudiante como víctima, que la Dirección de Recursos Humanos del MEP, traslade el expediente al Tribunal de la Carrera Docente, para lo que proceda en derecho. Y en adelante, en estos casos el expediente debe ser elevado directamente a conocimiento del ministro o ministra de Educación Pública. Y para el caso de la adición introducida al artículo 71 del Estatuto de

Servicio Civil, que elimina la posibilidad de recurrir en una segunda instancia, para ante el Tribunal de la Carrera Docente, considera que también constituye una violación de los artículos 33 y 41 de la Constitución Política, así como al artículo 24 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. La reforma del artículo 66 y la adición introducida por la ley N° 9999 al Estatuto de Servicio Civil, carece de fundamento jurídico y racional, porque tal y como lo señaló anteriormente, esa ley genera la coexistencia de dos procedimientos administrativos disciplinarios y regímenes recursivos distintos y, por lo tanto, discriminatorios hacia las personas funcionarias que laboran para el Ministerio de Educación Pública. Por ello, resulta muy grave, que dependiendo de las faltas disciplinarias que se atribuyen a las personas funcionarias docentes, algunas de ellas puedan impugnar en segunda instancia ante el Tribunal de la Carrera Docente, mientras que a otras les esté impedido hacerlo, violentándose el principio de igualdad ante la ley y el derecho fundamental de un debido proceso, que impone en este caso, que ambos tipos de accionados o denunciados deben ser tratados de la misma forma y tener las mismas oportunidades procesales. Se trata entonces, de una diferencia injustificada, desproporcionada, ilegítima e inidónea y; por ende, inconstitucional, que no se atiene a ninguna base objetiva, ni razonable. Por el contrario, todas las personas a quienes se les abre un procedimiento administrativo disciplinario, a la luz del Estatuto de Servicio Civil, en su condición de personas trabajadoras del MEP. deben gozar de las mismas instancias recursivas y de procedimiento. Concluye que los artículos 7 y 10 introducidos por la ley N° 9999, así como la reforma de los artículos 14, inciso a), 43 inciso a), 62, 66 de la ley N°1581, Estatuto de Servicio Civil, reformados por la ley N°9999, y la adición del párrafo segundo al artículo 71 de la ley 1581, Estatuto de Servicio Civil, violentan los principios de razonabilidad y proporcionalidad, legitimidad y necesidad, según los parámetros definidos por la Sala Constitucional. Recalca y resalta que, con esta acción de inconstitucionalidad no se pretende desmeritar los principios que informan la ley N° 9999, contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y coincide plenamente en la necesidad de prevenir la revictimización de las personas menores de edad en el sistema educativo costarricense. Sin embargo, señala que no se puede obviar la existencia de otros principios y garantías constitucionales, como el de inocencia, debido proceso, defensa, igualdad y el fin rector de los procedimientos disciplinarios, cual es la averiguación de la verdad real de los hechos. Es por ello que considera que la violación de las normas cuestionadas se da irremediablemente, en el tanto no hay una justificación válida, para que haya un valor preponderante a los principios especiales que rigen la materia de niñez y adolescencia, sobre los derechos y garantías constitucionales de quien figure como accionado. Ante lo señalado, refiere que se impone un análisis a la luz del principio de razonabilidad, que es la técnica jurídica y argumentativa encaminada a determinar si una intervención que realizó el legislador o una autoridad administrativa en un derecho fundamental, se ajusta o no a la Constitución. Indica que, conforme a los parámetros derivados del principio de razonabilidad, se puede concluir que las normas impugnadas no son idóneas, porque no contribuyen a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. No son necesarias, puesto que se está dando mayor relevancia a uno de los intereses, a costa de la intervención y desmejora de otros derechos fundamentales. No guardan proporcionalidad en sentido estricto, entre el fin y los medios. Y por lo tanto no son necesarias, porque establecen medidas más gravosas, ya que violentan el principio de inocencia, el debido proceso y el principio de igualdad ante la ley. Acota que no existen derechos absolutos, que siempre prevalezcan sobre otros, sino que en cada caso de colisión habrá que llevarse a cabo una ponderación de los derechos en juego para determinar cuál de ellos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, debe prevalecer en ese caso concreto. De ahí que Se impone un análisis a la luz de los parámetros de

legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a fin de determinar y resolver si una intervención que realizó el legislador a través de la ley N° 9999, en los artículos cuestionados, se ajusta o no a la Constitución. Esta acción se admite por reunir los requisitos a que se refiere la Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus artículos 73 a 79. La legitimación de la accionante proviene de la existencia de intereses corporativos, al defender la Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza (APSE), los derechos de sus agremiados que son personas trabajadoras que laboran en centros educativos del Ministerio de Educación Pública. Publíquese por tres veces consecutivas un aviso en el Boletín Judicial sobre la interposición de la acción. Efectos jurídicos de la interposición de la acción: La publicación prevista en el numeral 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional tiene por objeto poner en conocimiento de los tribunales y los órganos que agotan la vía administrativa, que la demanda de inconstitucionalidad ha sido establecida, a los efectos de que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución, tampoco se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho pronunciamiento del caso. De este precepto legal se extraen varias reglas. La primera, y quizás la más importante, es que la interposición de una acción de inconstitucionalidad no suspende la eficacia y aplicabilidad en general de las normas. La segunda, es que solo se suspenden los actos de aplicación de las normas impugnadas por las autoridades judiciales en los procesos incoados ante ellas, o por las administrativas, en los procedimientos tendientes a agotar la vía administrativa, pero no su vigencia y aplicación en general. La tercera regla, es que la Sala puede graduar los alcances del efecto suspensivo de la acción. La cuarta es que -en principio-, en los casos de acción directa, como ocurre en esta acción, que se acude en defensa de los intereses corporativos, no opera el efecto suspensivo de la interposición (véase voto N°537- 91 del Tribunal Constitucional). Es decir, la suspensión de la aplicación de las normas impugnadas, en sede administrativa, solo opera en aquellos casos donde existe un proceso de agotamiento de vía administrativa, lo cual supone la interposición de un recurso de alzada o de reposición contra el acto final por parte de un administrado. Donde no existe contención en relación con la aplicación de la norma, no procede la suspensión de su eficacia y aplicabilidad. En otras palabras, en todos aquellos asuntos donde no existe un procedimiento de agotamiento de vía administrativa, en los términos arriba indicados, la norma debe continuarse aplicando, independientemente de si beneficia -acto administrativo favorable- o perjudica al justiciable -acto desfavorable no impugnado-. Dentro de los quince días posteriores a la primera publicación del citado aviso, podrán apersonarse quienes figuren como partes en asuntos pendientes a la fecha de interposición de esta acción, en los que se discuta la aplicación de lo impugnado o aquellos con interés legítimo, a fin de coadyuvar en cuanto a su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interese. Se hace saber además, que de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y conforme lo ha resuelto en forma reiterada la Sala (resoluciones 0536-91, 0537-91, 0554-91 y 0881-91) esta publicación no suspende la vigencia de la norma en general, sino únicamente su aplicación en los casos y condiciones señaladas. La contestación a la audiencia conferida en esta resolución deberá ser presentada una única vez, utilizando solo uno de los siguientes medios: documentación física presentada directamente en la Secretaría de la Sala; el sistema de fax; documentación electrónica por medio del Sistema de **Gestión en Línea**; o bien, a la dirección de correo electrónico **Informes-SC@poder-judicial.go.cr**, la cual es correo exclusivo dedicado a la recepción de informes. En cualquiera de los casos, la contestación y demás documentos deberán indicar de manera expresa el número de expediente al cual van dirigidos. La contestación que se rindan por medios electrónicos, deberá consignar la firma de la persona responsable que lo suscribe, ya sea

digitalizando el documento físico que contenga su firma, o por medio de la firma digital, según las disposiciones establecidas en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Nº 8454, a efectos de acreditar la autenticidad de la gestión. Se advierte que los documentos generados electrónicamente o digitalizados que se presenten por el Sistema de Gestión en Línea o por el correo electrónico señalado, no deberán superar los 3 Megabytes. Notifíquese. / Fernando Castillo Víquez, Presidente.-»

San José, 25 de enero del 2022.

Luis Roberto Ardón Acuña,
Secretario

O.C. N° 364-12-2021B. — Sol. N° 68-2017-JA. — (IN2022618777).

PUBLICACIÓN DE UNA VEZ

Exp: 19-018477-0007-CO

Res. N° 2020016863

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las nueve horas y quince minutos del cuatro de setiembre del dos mil veinte.

Consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de Familia, mediante resolución de las 8:30 horas del 5 de septiembre de 2019, dictada dentro del expediente número [VALOR 001], que es proceso de salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 11:35 horas del 03 de octubre de 2019, y con fundamento en los artículos 8, inciso 1), de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 2, inciso b); 3, 13, 102 y 104, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el despacho consultante solicita a esta Sala que se pronuncie sobre la constitucionalidad de los artículos 1, 2 incisos d) y m), 5 y 11, de la Ley N° 9379, Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, así como de los artículos 7, incisos 2), 4), 7) y 8), 8, 10, 11, 12, 14 y 17, del Reglamento N° 41087-MTSS, publicado en el Alcance N° 108 del 23 de mayo de 2018, por considerarse que podrían reñir con los artículos 51 y 33, de la Constitución Política y los ordinales 1.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; 2.2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 2.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A juicio del Tribunal consultante, los numerales 1, 2, 5 y 11, de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, así como los artículos 8, 10, 11, 12, 14 y 17, del citado Reglamento, podrían ser inconstitucionales, en el tanto pretenden que todas las personas con discapacidad actúen personalmente y cuenten con la figura del garante, quien en algunos casos está autorizado a actuar como mandatario especial y en otros casos de urgencia sin autorización, con lo que se violenta el principio de igualdad y la obligación que tiene el Estado de proteger a las personas que se encuentran en alguna condición de vulnerabilidad, como lo serían aquellas personas que, por su grado de discapacidad mental, intelectual o psico-social - según criterio médico-, no cuentan con capacidad alguna para ejercer sus derechos y ser sujetas de obligaciones. Además, la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad y su Reglamento podrían resultar contradictorios entre sí o, inclusive, el reglamento podría exceder lo que la propia ley regula, en cuanto a aquellos casos en los que la figura del garante es incompatible con las necesidades y condición de discapacidad particular, en el tanto, dicha persona únicamente cumple con el rol de apoyar a la persona con discapacidad y garantizarle

el ejercicio de sus derechos y obligaciones, y si la persona tuviera una discapacidad absoluta, no podrá participar en igualdad de condiciones con las personas con discapacidad limitada pero no absoluta. Consideran, además, que las normas consultadas podrían resultar violatorias al principio de igualdad y a la obligación del Estado de proteger a las personas con condiciones de vulnerabilidad, al crear una desigualdad y estado de vulnerabilidad entre las personas que poseen una discapacidad absoluta y aquellas que poseen una discapacidad que sí les permite tomar sus propias decisiones y actuar personalmente, con la ayuda de la figura del garante.

2.- En atención al emplazamiento conferido a las partes dentro del asunto principal, se apersonaron ante la Sala [NOMBRE 001], [NOMBRE 002] y [NOMBRE 003]. En este sentido, la resolución de las 10:48 horas del 10 de octubre de 2019, de la Presidencia de esta Sala corrige el error de agregar el escrito a la acción de inconstitucionalidad N° 19-16709-0007-CO, en lugar de la consulta judicial N° 19-18477-0007-CO, como correspondía.

3.- Mediante auto de las 8:52 horas del 14 de octubre de 2019, la Presidencia de la Sala dio curso a la consulta, confiriendo audiencia a la Procuraduría General de la República.

4.- Por resolución de las 10:55 horas del 16 de octubre de 2019, del Presidente en ejercicio de esta Sala, se solicitó prueba para mejor resolver al Presidente de la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, a fin de obtener el pronunciamiento respecto de lo siguiente: a) la evidencia médica que permita establecer, de forma indubitable, que hay personas que por sus patologías carecen de toda capacidad para tomar decisiones por sí mismas; es decir, si se puede afirmar, con base científica, que existen personas que, por la discapacidad mental, intelectual o psicosocial que presentan, se encuentran en una situación permanente de compromiso de estado de conciencia; b) si el Colegio posee datos sobre el porcentaje de la población nacional que presenta tales condiciones. Lo anterior en el plazo de diez días, bajo el apercibimiento de lo establecido en el artículo 71, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

5.- El Dr. Luis Carlos Pastor Pacheco, en su condición de Presidente con facultades de Apoderado General del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, informó a la Sala que se solicitó el criterio a la especialista en Psiquiatría, Dr. Larisa Escalante Chaves, Código Médico MED6611, quien manifestó que: "Existen muchas enfermedades que pueden llevar a un discapacidad mental e intelectual, lo suficientemente severa como para comprometer la capacidad de una persona para poder realizar la tarea intelectual de análisis necesaria para tomar decisiones. Ejemplos de estas enfermedades puede ser el retraso mental profundo [i] donde el celebro no llega a un adecuado desarrollo, impidiendo incluso la capacidad de comunicación; también hay enfermedades degenerativas como la demencia [ii] que en estados avanzados provoca una abolición de todas las funciones mentales superiores, por lo que no tiene la capacidad de razonar ni de comunicarse. No obstante cada persona es particular y como tal, se debe realizar una análisis de cada caso, para establecer si efectivamente la patología que padece es lo suficientemente severa, como para provocar una discapacidad mental y/o intelectual que le impidan poder tomar decisiones en general". En cuanto a los datos de porcentaje de la población nacional que presenta tales condiciones, se indica que se realizó consulta al Departamento de Informática y al Departamento de Archivo, y se indicó que no se cuenta con la información requerida; sin embargo, ello se puede consultar al Ministerio de Salud.

6.- Con memorial presentado el 4 de noviembre de 2019, la Procuraduría contesta a la audiencia conferida, indicando que no se tienen objeciones para justificar la admisibilidad de la presente consulta, pues se observa que el Tribunal de Familia del I Circuito Judicial aquí consultante, debe resolver un recurso de apelación interpuesto dentro del expediente [VALOR 001], que es un proceso de salvaguardia interpuesto inicialmente ante el Juzgado de Familia de Desamparados a la luz de lo dispuesto en la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. En dicho proceso, se dictó la sentencia [VALOR 002] de las 11:00 horas del 14 de marzo de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró con lugar el proceso de salvaguardia para la igualdad jurídica a favor de una persona con discapacidad mental (enferma de Alzheimer), designándose además un garante para la tutela de sus intereses. Dicha sentencia es precisamente la que se impugnó en segunda instancia ante el Tribunal de Familia del I Circuito Judicial, por lo que es claro que la consulta que se plantea incide directamente en la tramitación de dicho recurso. Por tanto, no existe objeción alguna en cuanto a la admisibilidad. Ahora bien, sobre el abordaje de la discapacidad en el ordenamiento jurídico costarricense afirma que el tema de los derechos de las personas con discapacidad y su regulación ha sido ampliamente abordado como respuesta a las políticas y normas internacionales que se han emitido con la finalidad de fomentar medidas que les permitan desarrollarse en igualdad de condiciones y oportunidades en los diferentes ámbitos del quehacer diario. En nuestro país, el enfoque sobre la discapacidad ha ido progresivamente transformándose, pasando de un abordaje asistencialista hacia uno más integral, fundamentado en la promoción de los derechos humanos y la integración de las personas con discapacidad a la vida en sociedad. Esa evolución se ha reflejado también en el ámbito normativo, procurándose lograr una sociedad mucho más inclusiva, consciente de las diferencias y de las necesidades de la población con discapacidad, con la finalidad última de promover, proteger y asegurar la autonomía de estas personas.

El artículo 33, de la Constitución y el 24, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagran el principio de igualdad de las personas y la prohibición de hacer distinciones contrarias a la dignidad humana. De igual forma, el artículo 51 Constitucional, procura una tutela especial hacia las personas con discapacidad, a fin de lograr la igualdad real de estas personas. Partiendo de dichos preceptos, se promulgó en nuestro país la Ley N° 7600 de 29 de mayo de 1996 denominada “Ley de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” y su Reglamento, Decreto Ejecutivo N° 26831, publicado en La Gaceta N° 75 de 20 de abril de 1998, que establecen una serie de disposiciones para fomentar el proceso de equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad en campos como la salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes y cultura (artículo 3 de la ley), declarándose de interés público el desarrollo integral, en condiciones de igualdad, de las personas con discapacidad.

Posteriormente, nuestro país ha ratificado una serie de instrumentos internacionales que sirven de marco normativo para la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, ratificada por Ley N° 7948 de 22 de noviembre de 1999, tiene por objetivo la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, a efecto de propiciar su plena integración en la sociedad, reafirmando que estas personas tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que los demás (artículo II de dicha Convención). A su vez, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2007 y ratificada por Costa Rica mediante Ley N° 8661 del 19 de agosto de 2008, en su artículo 1º declara que el propósito de este

instrumento internacional es: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. La citada Convención establece que, para proteger los derechos humanos de las personas con discapacidad en la vida económica, social, política, jurídica y cultural, los Estados Parte deben adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que resulten necesarias y pertinentes. Precisamente en esta última Convención aprobada por la ONU, se da un giro en el abordaje del tema de la discapacidad, dejando de lado la visión asistencialista ya comentada, para instar a los Estados a procurar su integración en igualdad de derechos con el resto de las personas. Así, por ejemplo, se empieza a considerar el instituto de la interdicción como violatoria de los derechos humanos (artículo 29), a pesar de que con anterioridad era un instituto aceptado en instrumentos regionales de los que forma parte nuestro país.

En el Preámbulo de dicha Convención se reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y su artículo 9 obliga a los Estados Parte a tomar medidas pertinentes de accesibilidad a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones. El artículo 12, de la Convención, se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, indicando: “4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. De la norma anterior se desprende la posibilidad de los Estados de imponer salvaguardias a las personas con discapacidad, siempre que se respeten sus derechos y que éstas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona. Dicha disposición, resulta de importancia para la consulta que ahora se plantea ante la Sala, como se analizará posteriormente. De lo señalado supra, se puede inferir que la idea de igualdad rebasa el estricto campo de igualdad ante la ley que tradicionalmente se había admitido, proyectándose hacia una interpretación más amplia referida a la igualdad en las condiciones de vida y oportunidades para las personas con discapacidad. Estos principios se ven reflejados, además, en la Política Nacional en Discapacidad 2011-2021 (PONADIS), que constituye el marco político de largo plazo que estableció el Estado Costarricense, para lograr la efectiva promoción, respeto y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, política que pretende ser “Universal, Inclusiva, Articuladora, Participativa, Estratégica, Integradora, Ajustable”. En síntesis, la normativa internacional y nacional en materia de protección de las personas con discapacidad existente en Costa Rica, es abundante y sirve de antecedente para la aprobación de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad sobre la que ahora se consulta. Sobre la consulta, manifiesta el Procurador que la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad desarrolla una regulación que cumple con el compromiso adquirido por el Estado Costarricense al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante la Ley N° 8661 del 19 de agosto del año 2008. Dicho Tratado impone la obligación al Estado Costarricense de tomar todas las medidas necesarias para “...asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y

las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad (artículo número 4)...”. Sobre este tema la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que:

“El común denominador de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos señalados se centra en la eliminación de la discriminación y en la nueva dimensión de la igualdad de oportunidades. Asimismo, se insiste sobre el derecho de las personas con discapacidad a las mismas oportunidades que el resto de la ciudadanía, a disfrutar en un plano de igualdad de las mejoras en las condiciones de vida resultantes del desarrollo económico, tecnológico y social y se advierte de la importancia de la inserción social de las personas con discapacidad” (Sentencia No. 2288-1999 de las 11:06 hrs. de 26 de marzo de 1999). (La negrita no es del original)

Bajo esta inteligencia, la Ley sobre la cual se consulta se ajusta al cumplimiento de los fines que debe perseguir el Estado costarricense para la protección y garantía de los derechos humanos de este grupo poblacional, especialmente desarrollando las obligaciones contenidas en los artículos 4, 12 y 19, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya comentados. La ley consultada tiene como objetivo eliminar acciones discriminatorias que afectaban, tanto en la vida pública como privada, a las personas con discapacidad, procurando reivindicar derechos humanos esenciales y garantizar la dignidad a todas las personas. Por ello, pretende potenciar la autonomía e independencia individual, incluida la libertad de la persona con discapacidad de tomar sus propias decisiones, según se ve reflejado en el artículo 3, que reconoce los principios rectores establecidos en la Ley N° 8661, Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de agosto de 2008 (dignidad inherente, autonomía individual, la libre toma de decisiones y la independencia personal de las personas con discapacidad, entre otros). Es por ello por lo que, dicha ley aquí consultada, derogó la curatela y la interdicción contenidas en el Código de Familia y Código Procesal Civil, que prácticamente significaban una muerte civil, por una figura donde se respeta la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, específicamente a través del “Garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad”. La Ley, en consecuencia, deja atrás el paradigma asistencialista ya comentado, para asumir uno donde se potencian los derechos y la integración en sociedad de las personas con discapacidad, a través de un proceso de Salvaguardia ante el juez de familia. Por tanto, es criterio de este órgano asesor que los artículos de la Ley consultada, lejos de ser inconstitucionales se ajustan a los compromisos internacionales que ha asumido el Estado costarricense en esta materia. Veamos:

El artículo 1º, sobre el que se consulta, establece el objetivo de la ley, que es “promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal”. Asimismo, establece “la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y, para potenciar esa autonomía, se establece la figura de la asistencia personal humana”. Este objetivo es acorde con los compromisos internacionales ya comentados.

Por su parte, el artículo 2, incisos d) y m), lo que establece son las definiciones del “derecho a la autonomía personal” y “vida independiente”, conceptos que contemplan la posibilidad de las personas con discapacidad de definir su propio proyecto de vida, el respeto de sus derechos patrimoniales, el respeto a sus derechos sexuales y reproductivos, civiles y electorales, todo de acuerdo con sus preferencias, intereses y condiciones individuales y

particulares. Asimismo, el control de su proyecto de vida y la posibilidad de ser parte activa dentro de la comunidad sin importar el grado de discapacidad que presente.

Cabe agregar que, si bien las previsiones anteriores son aplicables también en el supuesto de una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, lo cierto es que la propia ley establece para estos casos un apoyo más o menos intenso del garante y del juez, según las circunstancias de cada persona. Al respecto, eso establecen los artículos 10 y 11, sobre el que también se consulta. De la lectura de las normas (que se transcriben en el informe), se nota que dichas normas obligan por un lado al juez a velar por la voluntad (si hubiere) y el bienestar de la persona con discapacidad y, además, contemplan la posibilidad de adaptar la actuación del garante a las condiciones y capacidades de la persona con discapacidad, lo cual es acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que permite realizar “ajustes razonables”, entendidos éstos como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 2). En esa misma línea se ubica el Decreto N° 41087 del 30 de abril de 2018, sobre el que también se consulta, pues en él se reconoce que las personas con discapacidad que se encuentren en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, pueden contar con un apoyo más intenso del garante. Precisamente por su importancia, pone la atención en algunas partes del articulado consultado en el artículo 7, incisos 2, 4, 7, 8, y finaliza indicando que “El apoyo intenso descrito en el artículo 8 del presente reglamento no se considera imposición contra la voluntad de la persona que recibe ese tipo de apoyo, al tratarse de ajuste razonable”. De igual forma transcribe los artículos 8, 12, 14, y 17, del Reglamento. Como se desprende de lo anterior, tanto el juez como el garante designado pueden realizar apoyos más o menos intensos, según la capacidad de actuar de la persona con discapacidad, lo cual resulta acorde con las normas convencionales que hemos comentado. Aun cuando el Tribunal consultante estima que el Decreto puede ir más allá de la ley, discrepamos de manera respetuosa de esta posición, pues el Decreto no sólo se ajusta a lo dispuesto en el artículo 11, de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, sino que, además, desarrolla preceptos directamente autorizados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que faculta el establecimiento de salvaguardias proporcionales, según la capacidad de actuar de la persona con discapacidad. Ahora bien, en cuanto a los artículos 10 y 11, del Decreto consultado, tampoco encuentra este órgano asesor ninguna inconstitucionalidad, pues estos se refieren a la gratuidad del proceso de salvaguardia y a las formalidades para presentarla, por lo que se trata de normas procesales que, por lo que disponen, no son susceptibles de lesionar un derecho fundamental. Es por todo lo anterior, que, en nuestro criterio, las normas consultadas no resultan inconstitucionales. Por el contrario, es una función del juez de familia y en este caso del Tribunal de Familia consultante, velar porque la designación del garante en el caso previo, se haga de acuerdo a los principios convencionales, constitucionales y legales ya mencionados, en aras de velar por el mejor interés de la persona con discapacidad mental que se está tutelando. De igual forma, debe el Tribunal de Familia consultante, determinar en el caso previo si la voluntad de la persona con discapacidad tutelada, se encuentra viciada o no, para efectos de adoptar salvaguardias concretas que permitan la designación adecuada del garante. En esta materia el juez de familia mantiene sus potestades de valoración, por lo que las normas consultadas no resultan contrarias al Derecho de la Constitución, por el contrario, se ajustan a los compromisos asumidos por el Estado costarricense en materia de discapacidad. Por todo lo anterior, el

órgano asesor imparcial de la Sala Constitucional estima que no existe inconstitucionalidad alguna en las normas consultadas. Por el contrario, es labor del juez de familia al momento de aplicar dichas normas, establecer medidas de salvaguardia más o menos intensas, según lo requiera el interés superior de la persona con discapacidad, a partir de su grado de conciencia.

7.- Por resolución de las 15:47 horas del 4 de noviembre de 2019, del Presidente en ejercicio de esta Sala, tuvo por contestadas las audiencias a la Procuraduría General de la República y al Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. Finalmente, se traslada la consulta judicial a la oficina del magistrado Luis Fernando Salazar Alvarado, para el estudio por el fondo que corresponde.

8.- Por escrito ingresado al sistema de gestión a las 16:14 horas del 11 de noviembre de 2019, la jueza Coordinadora de Desamparados consulta a la Sala sobre los efectos de la resolución dictada a las 8:52 horas del 14 de octubre de 2019, en cuanto a la relación de los artículos 81, 82 y 108, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. La jueza indica que la resolución solo suspende el dictado de la resolución final en aquellos casos en que ya existe dictamen pericial psiquiátrico forense en que se determine que la persona tiene abolida su capacidad cognoscitiva y volitiva. Señala que es la Jueza Coordinadora del despacho judicial que dio origen en primera instancia a la consulta judicial N° 19-018477-0007-CO, tramitada por el Tribunal de Familia. Que no queda claro cuándo procede el dictado de la sentencia, pues la mayoría de las pericias psiquiátricas no concluyen de forma expresa que las capacidades de la persona quedan abolidas, sino que la pregunta judicial es conocer el grado de independencia (autonomía) que posee la persona y si la misma requiere de algún tipo de apoyo. Por ello solicita pronunciarse si se debe pedir aclaración de los informes al Departamento de Psiquiatría para que indique si se encuentran abolidas las capacidades cognoscitivas y volitivas de una persona, o queda a criterio del juzgador cuando se indique en el dictamen que la persona no puede vivir en forma independiente y expresar su consentimiento. De igual manera, pregunta si solo el Departamento de Psiquiatría es procedente para este tipo de dictámenes, toda vez que según la circular N° 39-2019, lo hace también el Departamento de Trabajo Social y Psicología, según el acuerdo tomado por el Consejo Superior del Poder Judicial en sesión N° 54-19, celebrada el 13 de junio de 2019, artículo LXXVII.

Redacta el Magistrado Salazar Alvarado; y,

Considerando:

I.- **Sobre la admisibilidad.** La consulta de constitucionalidad cumple con los requisitos establecidos en el artículo 102, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que establece que la consulta judicial da lugar cuando todo juez tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. Tales presupuestos fueron analizados en detalle en la Sentencia de esta Sala N° 01617-97 de las 14:54 horas del 17 de marzo de 1997, de la siguiente manera:

"A. Que la formule un "juez", término genérico que -desde luego- se aplica tanto a los juzgadores unipersonales como a los tribunales colegiados, y sobre lo cual es innecesario precisar más que: a) que debe tratarse de autoridades dotadas de poder jurisdiccional, lo cual excluye las consultas formuladas por tribunales administrativos, pero sí incluye las que

hagan los árbitros en el marco de los asuntos sujetos a su decisión (nótese que lo relevante en todos los casos es que se esté ante el trámite de un proceso conducente al dictado de una sentencia o laudo arbitral, dotados de la autoridad de la cosa juzgada); y, b) que el juzgador debe estar, al momento de formular la consulta, debidamente habilitado para ejercer esa competencia (ya que mal podría pensarse que una resolución que sea inválida en el proceso en cuestión pueda surtir el efecto de dar inicio a un trámite que, como éste, posee un carácter puramente incidental).

B. Que existan “dudas fundadas” sobre la constitucionalidad de la norma, acto, conducta u omisión que se deba aplicar o juzgar. Esto quiere decir que el cuestionamiento debe ser razonable y ponderado. Además, implica que no puede versar sobre aspectos sobre cuya constitucionalidad la Sala ya se haya pronunciado. Ello es así no sólo porque aceptar lo contrario implicaría desconocer la eficacia erga omnes de las resoluciones de esta jurisdicción, sino también dado que una consulta bajo esas circunstancias evidentemente carecería de interés actual. Pero subráyese, por su relevancia para el sub examine, que la explicada circunstancia sólo deriva de aquéllos pronunciamientos en que la Sala haya validado expresamente la adecuación de la norma, acto, conducta u omisión a los parámetros constitucionales. En consecuencia, si una norma ha superado anteriormente el examen explícito de constitucionalidad (en vía de acción o consulta), no sería viable un nuevo cuestionamiento sobre el mismo punto, pero sí podría serlo respecto de un acto, conducta u omisión basados en la misma norma, particularmente porque -en este caso- siempre existe la posibilidad de un quebranto constitucional, ya no en la norma en sí, sino en su interpretación o aplicación. A la inversa, el hecho de que un acto, conducta u omisión haya sido refrendado anteriormente (quizás en vía de amparo o hábeas corpus) no significa que no puedan existir dudas sobre la constitucionalidad de la norma misma en que aquéllos se fundamenten. Y, en esta hipótesis, la consulta judicial es pertinente.

C. Que exista un caso sometido al conocimiento del juzgador o tribunal. Al igual que en la acción de inconstitucionalidad, la consulta judicial nunca se da en el vacío o por mero afán académico, sino que ella debe ser relevante para la decisión o resolución del llamado “asunto previo” o “principal”. Finalmente,

D. Que, en ese asunto previo, deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión que suscite la duda de constitucionalidad, aspecto que -por su relevancia para el caso- resulta conveniente precisar. En efecto, la expresión “deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión”, conlleva un sentido actual muy definido y totalmente distinto a que si la ley hablara en términos de que “pueda aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión”. La consulta judicial no procede ante la mera eventualidad de que acaezcan esas circunstancias, ya que -como se explicó arriba- esta concepción equivaldría a que se inviertan los recursos de la jurisdicción constitucional en un simple ejercicio académico o doctrinario. Para que la consulta sea viable, el juzgador debe estar enfrentado, con certidumbre y en tiempo presente, a la aplicación de la norma o al juzgamiento del acto, conducta u omisión que le suscite una duda de constitucionalidad”.

Asimismo, el artículo 104, de la misma Ley, exige que la consulta judicial se formule en resolución fundada, se emplace a las partes dentro de tercero día y se suspenda la tramitación del proceso, hasta tanto la Sala no haya evacuado la consulta. En el caso que nos ocupa, es evidente que el Tribunal de Familia del Primer Circuito Judicial de San José debe aplicar las disposiciones consultadas al conocer de la apelación directamente interpuesta ante ellos en el proceso de salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad tramitada

bajo el Código Procesal Civil y la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad (Ley N° 9379 del 18 de agosto de 2016), y que debe resolver la apelación interpuesta contra la Sentencia de primera instancia N° 358-2019 de las 11:00 horas del 14 de marzo de 2019, que declaró la salvaguardia para la igualdad jurídica de la persona con discapacidad a favor de la señora [NOMBRE 004], a su vez la designación de su garante en el señor [NOMBRE 005], y entre otras cosas, se declaró que la señora [NOMBRE 004], requiere de un apoyo intenso en el desarrollo de su vida cotidiana. Se consulta a la Sala de forma motivada, señalando los preceptos constitucionales, convencionales, legales y reglamentarios, sobre estos últimos que ofrecen duda al juzgador, y que por virtud de la reforma constitucional al artículo 10, de la Constitución Política, operada en 1989, el control de constitucionalidad de las normas reside de forma exclusiva y excluyente en la Sala Constitucional, lo que imposibilita al juzgador ordinario pronunciarse al respecto. De este modo, al establecerse el monopolio del rechazo de las normas en esta jurisdicción constitucional, procede analizar en esta vía de constitucionalidad los reproches formulados contra las normas consultadas.

II.- Sobre el objeto de la consulta. La consulta de constitucionalidad tiene por objeto determinar la constitucionalidad y la convencionalidad de los artículos 1, 2, incisos d) y m), 5 y 11, de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad (Ley N° 9379 del 18 de agosto de 2016), y los artículos 7, incisos 2, 4, 7, 8, numerales 8, 10, 11, 12, 14 y 17, todos del Reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad (Decreto Ejecutivo N° 41087 del 30 de abril de 2018).

Para efectos de una mejor comprensión de lo que se consulta, se transcriben los numerales de la Ley de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1.- Objetivo. El objetivo de la presente ley es promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal.

Para lograr este objetivo se establece la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y, para potenciar esa autonomía, se establece la figura de la asistencia personal humana.

ARTÍCULO 2.- Definiciones. Para los efectos y la aplicación de esta ley se entenderá como:

[...]

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

Implica el respeto a los derechos humanos así como los patrimoniales de todas las personas con discapacidad, por lo que se garantiza su derecho a ser propietarios, heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos, tener acceso a préstamos bancarios, hipotecarios y cualquier otra modalidad de crédito financiero, además de la garantía estatal de que no serán privados de sus bienes de manera arbitraria.

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

El derecho a la autonomía personal involucra el acceso de la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, a la asistencia personal humana y/o a los productos de apoyo que requieran para el ejercicio de este derecho, además del respeto y la

promoción a la autodeterminación, autoexpresión, así como de las capacidades y habilidades de todas las personas con discapacidad.

Todo lo anterior, de acuerdo con sus preferencias, intereses y condiciones individuales y particulares.

[...].”

m) Vida independiente: principio filosófico de vida que propicia que las personas con discapacidad asuman el control de su propio proyecto de vida y tomen decisiones. Promueve el ejercicio legítimo y necesario de la autonomía y la determinación como derechos fundamentales; lo anterior implica asumir las responsabilidades que sus decisiones conlleven y el derecho a ser parte activa dentro de la comunidad que la persona elija, sin importar el grado de discapacidad que presente y si para lograr esta autonomía requiere el uso de productos y servicios de apoyo, de la asistencia personal o del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

[...].”

ARTÍCULO 5.- Igualdad jurídica de las personas con discapacidad. Todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica, lo que implica:

a) El reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar.

b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses.

c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona.

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

ARTÍCULO 11.- Obligaciones de la persona garante para la igualdad jurídica. 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 de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia, sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges y a tener acceso a información y educación sobre reproducción y planificación adecuada para su edad.

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

d) Garantizar que la persona con discapacidad tenga acceso a información completa y accesible para que decida sobre sus derechos sexuales y reproductivos, en igualdad de condiciones con los demás. La esterilización será una práctica excepcional que se aplicará a solicitud de la misma persona con discapacidad o cuando sea necesaria e imprescindible para la preservación de su vida o integridad física.

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, velando siempre por el resguardo del interés superior del niño y la niña, y apoyarla en las gestiones necesarias para solicitar el apoyo estatal para estos fines, cuando lo requiera.

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 brindar consentimiento informado, en sustitución de la persona con discapacidad.

i) No permitir que la persona con discapacidad sea sometida a tortura, 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 la persona con discapacidad haya brindado su consentimiento libre e informado.

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

Sobre el Reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, se consultan las siguientes disposiciones:

“ARTÍCULO 7.- La salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad como apoyo para el ejercicio de la capacidad de actuar.

1) [...].

2) *No podrá ser impuesta en contra de la voluntad de la persona.*

3) [...]

4) *Es facultativa y no obligatoria, se facilita para apoyar en la realización de actos o decisiones en concreto, que tengan o puedan llegar a tener efectos jurídicos.*

5) [...]

6) [...]

7) *No es continua ni permanente, no es para prestar apoyo en las actividades de la vida diaria, ni para cuidado o asistencia personal. Y no es ni se requiere para asegurar la protección o cuidado de personas en condición de abandono.*

8) *No es un tipo representación legal, ni similar a otras figuras.*

El apoyo intenso descrito en el artículo 8 del presente reglamento no se considera imposición contra la voluntad de la persona que recibe ese tipo de apoyo, al tratarse de ajuste razonable”.

“ARTÍCULO 8.- Intensidad de los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar. Los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar serán de diversa intensidad, menos o más intensos de acuerdo con la situación concreta y en virtud de las disposiciones que para estos efectos contiene la Ley N° 9379, así como este reglamento y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según corresponda.

Así por ejemplo, un apoyo más intenso podría ser el que brinde la persona garante a una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, quien podrá consentir para un acto concreto.

Ante el supuesto de una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia; la determinación del apoyo intenso y la forma en que se brinda, siempre tendrá que tener como fundamento la voluntad y preferencias, para

ello se puede recurrir a procedimientos multidimensionales, tales como trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas que la persona hubiese realizado con anticipación a recibir este tipo de apoyo.

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

Un ejemplo de apoyo menos intenso, es aquel en el que la persona brinda orientación, hace más comprensible la información, y aconseja acerca de las consecuencias y efectos del acto.

En los estos dos últimos supuestos, garantizando que la información sea asimilada por la persona con discapacidad que recibe el apoyo.

Y en los tres tipos de apoyo, según el caso en concreto, se debe garantizar que prevalezca la voluntad, gustos y deseos y preferencias de la persona que recibe el apoyo”.

“ARTÍCULO 10.- Acceso a la justicia y principio de gratuidad en el salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad. En aplicación del derecho al acceso de la justicia, en igualdad de condiciones con las demás, establecido en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el procedimiento de solicitud y establecimiento de salvaguardia deberá ajustarse a las regulaciones de la Ley N° 9379 y este reglamento, para garantizarle a la persona con discapacidad su participación efectiva, en todas las etapas de este procedimiento judicial.

Debido a que la Ley N° 9379, en el artículo 6 define que el procedimiento de solicitud y establecimiento de salvaguardia se rige por el principio de gratuidad, ello con la finalidad de que el costo económico que conlleva la participación en el proceso judicial no constituya una barrera para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad; así las cosas, se deberá tomar todas las medidas pertinentes para cumplir con la disposición de gratuidad, entre ellas, y se podrá valorar la exoneración del pago del curador procesal (indicado en el artículo 34 de la Ley N° 9379) a las personas solicitantes de la salvaguardia que informen y demuestren al Juzgado no contar con los recursos económicos para cubrir tal erogación”.

“ARTÍCULO 11.- Solicitud de la salvaguardia. La gestión de solicitud de la salvaguardia puede efectuarse por escrito y también verbalmente o por los medios de comunicación establecidos en la Ley N° 9379 y especificados en este reglamento. En los 2 últimos supuestos, la solicitud será consigna (sic) por escrito.

Si la persona con discapacidad, de manera individual o contando con apoyo de otra persona, se apersona al Juzgado para presentar la solicitud de la salvaguardia o lo hace por medio de escrito firmado (con su rúbrica o huella digital impresa), no requerirá autenticación por parte de profesional en derecho”.

“ARTÍCULO 12.- Legitimación para solicitar la salvaguardia. De conformidad con el paradigma de abordaje de la discapacidad desde los derechos humanos, los principios de la Ley N° 9379 y la naturaleza jurídica de la salvaguardia, la persona con discapacidad es la primera legitimada para presentar la solicitud de salvaguardia.

La excepcionalidad que faculta tanto a los familiares de la persona con discapacidad y a la institución u organización no gubernamental que le brinde servicios, apoyos y/o prestaciones sociales, para presentar la solicitud de salvaguardia o su revisión, se verificará al conocer los requisitos que debe reunir la solicitud, los cuales se mencionan en el artículo 33 de la Ley N° 9370, de no comprobarse la excepcionalidad en los términos definidos por la ley, el Juzgado en aplicación de las normas procesales supletorias, podrá prevenir al familiar, la institución o la organización no gubernamental al respecto, otorgándole un

plazo prudencial, según la situación en concreto y de no cumplir con ésta, procede el archivo del expediente.

La limitación funcional a la que se refiere el artículo 8 de la Ley N° 9379, es el fundamento para esta excepcionalidad se interpreta de acuerdo a los conceptos contenidos en este reglamento, y originarse en la absoluta imposibilidad que limite a la persona con discapacidad para presentar la solicitud de manera individual o contando con apoyo de otra persona o para firmar (con su rúbrica o huella digital impresa) el escrito de solicitud”.

“ARTÍCULO 14.- Valoración de la salvaguardia. De conformidad con lo que establece el artículo 10 de la Ley N° 9379, el juez o jueza valorará en primera instancia y con prioridad la persona o personas propuestas como garante, por la persona con discapacidad.

La valoración, según el caso en concreto, implica tomar en consideración la voluntad y las preferencias de la persona, atendiendo a su trayectoria de vida o historia familiar, así como la relación de confianza que existe entre la persona que requiere el apoyo y quien se ofrece a brindarlo, en relación con otras redes de apoyo familiar y comunal.

En el supuesto de una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, la valoración implica considerar las preferencias, gustos, historia, contexto social y familiar de la persona con discapacidad. En este supuesto, de existir manifestaciones de la voluntad expresa, realizadas con anterioridad por la persona, en la que indique la persona o personas garantes de su preferencia, tal manifestación debe ser tomada en consideración y valorada.

Excepcionalmente, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 10 de la Ley N° 9379, la persona juzgadora podrá valorar como opción para que ejerzan la salvaguardia a los familiares de la persona con discapacidad, o bien a la organización o institución que le brinda servicios, apoyos y/o prestaciones sociales.

Tal excepcionalidad se verificará por la persona juzgadora al conocer los requisitos que debe reunir la solicitud, los cuales se mencionan en el artículo 33 de la Ley N° 9379. De no comprobar la existencia de una limitación funcional, en los términos definidos por la ley, el Juzgado en aplicación de las normas procesales supletorias, podrá prevenir al familiar, la institución o la organización no gubernamental al respecto, otorgándole un plazo prudencial, según la situación en concreto y de no cumplir con esta, procede el archivo del expediente.

La limitación funcional a la que se refiere el artículo 10 de la Ley N° 9379, debe entenderse como el fundamento para esta excepcionalidad y originarse en la absoluta imposibilidad que imposibilite a la persona con discapacidad para presentar la solicitud incluso contando con los productos y servicios de apoyos y ajustes razonables.

La persona juzgadora al reconocer la igualdad jurídica de las personas con discapacidad en los términos definidos en la Ley N° 9379 y al efectuar el trámite indicado en el artículo 34 de la citada ley, garantizará que la persona designada para ejercer la salvaguardia sea la idónea”.

“ARTÍCULO 17.- Especificación de cada una de las obligaciones de la persona garante para la igualdad jurídica. Partiendo de que según el inciso b) del artículo 5 de la Ley N° 9379, todas las personas con discapacidad son las titulares y ejercen legítimamente todos sus derechos y atención de sus propios intereses, a continuación, se especifican cada una de las obligaciones de la persona garante.

a) De conformidad con el artículo 8 del presente reglamento, la persona garante podrá apoyar a la persona con discapacidad, en la intensidad que la resolución de establecimiento de la salvaguardia haya indicado y únicamente en aquellos actos fijados en la resolución

de establecimiento de la salvaguardia. En todo caso, dicho apoyo tendrá que ofrecerse respetando y considerando los derechos, la voluntad, gustos y preferencias de la persona con discapacidad.

Excepcionalmente, el garante podrá apoyar a la persona con discapacidad en actuaciones o actos que no estén expresamente definidos en la resolución, siempre y cuando ello resulte urgente e imprescindible para la seguridad y en beneficio de la persona que recibe el apoyo.

La excepcionalidad antes señalada, solo aplica para situaciones de apoyos más intensos o medianamente intensos, por lo tanto, apoyos no indicados en resoluciones de apoyos menos intensos, deberán ser analizados al tenor de la resolución judicial para determinar su pertinencia.

b) El deber de apoyar a la persona en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia, tiene como base que la persona con discapacidad manifieste (verbal, escrito o por cualquier medio de comunicación) su consentimiento libre y pleno de realizar tal acto. Lo mismo sucede con el apoyo para el acceso a información y educación sobre sus derechos sexuales, reproductivos y de planificación adecuada para su edad y en igualdad de condiciones con los demás.

c) La asistencia en la toma de decisiones en el ámbito legal, financiero y patrimonial, será efectuado por la persona garante de manera proporcional, así como adaptada a la condición de la persona a la que asiste y en los términos del inciso a) de este numeral.

d) En el deber de garantizarle a la persona con discapacidad el acceso a información completa y accesible para que decida sobre sus derechos sexuales, reproductivos y de planificación, también implica que el garante tiene la obligación de apoyarla para que interponga acciones legales (priorizando que aunque con apoyo, la persona lo haga directamente y a su nombre, pero también podrá hacer el garante a favor de la persona con discapacidad, para caso de apoyos moderados o intensos), cuando por motivos de discapacidad cualquier instancia pública o privada (incluida la familia) impida, limite o segregue el acceso a esa información.

Debido a que el inciso d) del artículo 11 de la Ley N° 9379 expresamente regula que la esterilización de personas con discapacidad es una práctica excepcional, pues se aplicará a solicitud de la misma persona con discapacidad o cuando sea necesaria e imprescindible para la preservación de su vida o integridad física, no pueden presentarse solicitudes de salvaguardia requiriendo autorización para someter a una persona con discapacidad a esterilización, en todos los casos deben cumplirse los presupuestos antes indicados. De igual forma, resoluciones que dispongan la autorización para que una persona con discapacidad sea esterilizada, sin que se haya verificado los presupuestos del mencionado inciso d) resultarán contrarias a la Ley N° 9379 y a la Convención.

Se considera también discriminación por motivos de discapacidad, que cualquier instancia pública o privada (incluida la familia) impida, limite o segregue el derecho de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a contar con información oportuna y real para decidir con respecto la esterilización voluntaria.

e) La persona garante al ofrecer el apoyo a la persona con discapacidad garantizando el respeto a los derechos, la voluntad, las preferencias, las habilidades y las capacidades de las personas con discapacidad.

f) El apoyo en la maternidad o paternidad que debe ofrecer la persona garante, no implica que ésta asuma la maternidad o paternidad del hijo o hija de la persona con discapacidad, pero sí que le apoye en su ejercicio, contemplando los apoyos que requiera por su condición de discapacidad y todos aquellos que se necesiten para el desarrollo óptimo e integral de la persona menor de edad. Lo anterior, con la finalidad de evitar que

por motivos de discapacidad, cualquier instancia pública o privada (incluida la familia) impida, limite o segregue el derecho a la maternidad o paternidad.

El resguardo del interés superior del niño, la niña y adolescente que le corresponde al garante, debe entenderse según el articulado de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobado en 1990 por la Ley 7184, la jurisprudencia constitucional atinente y el inciso c) del artículo 5 de la Ley N° 9379, que definen la presunción de que el interés superior del niño es permanecer con sus progenitores, siempre que ello sea posible.

Por su parte, para apoyar en la interposición de las gestiones necesarias para solicitar el apoyo estatal, de modo que la persona con discapacidad ejerza en igualdad de condiciones con los demás el derecho a la maternidad o paternidad, la persona garante debe priorizar que la persona lo haga directamente, contando con los apoyos que requiera o desee, pero el garante también podrá hacerlo a favor de la persona con discapacidad, para situaciones donde se hayan establecido apoyos más intensos o medianamente intensos.

g) La persona garante o garantes al ofrecer el apoyo a la persona con discapacidad, no debe ejercer ningún tipo de presión, coerción, violencia ni influencia indebida en el proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad.

h) La imposibilidad de la persona garante para brindar consentimiento informado, tiene como fundamento evitar la sustitución de la persona con discapacidad en la toma de decisiones sobre la práctica o no de intervenciones médicas o científicas en sus funciones y/o estructuras corporales. Esta imposibilidad alcanza a las intervenciones médicas o científicas expresamente señaladas en la Ley N° 9379, de modo que no es posible otorgar el consentimiento informado en sustitución de la persona para la esterilización o experimentos médicos o científicos.

Sin embargo, dicha imposibilidad no resulta aplicable cuando la que la vida de la persona con discapacidad se encuentre en riesgo inminente por una situación emergente e imprevista, en estas situaciones aplican las mismas reglas o protocolos que regularmente se emplean para todas las personas, por lo que un procedimiento distinto por motivos de discapacidad resulta discriminatorio.

i) La obligación del garante de efectuar todas las medidas que se encuentren a su disposición para impedir que la persona con discapacidad sea sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes; incluye la interposición de denuncia oportuna y diligente de actos, omisiones o intenciones iguales o similares a los descritos en este inciso, ante las autoridades judiciales y/o administrativas correspondientes.

La trata de personas, en cualquiera de sus fines, encuadra en los supuestos de hecho del inciso i) de la Ley N° 9379, por lo cual aplican las mismas disposiciones, sin detrimento de lo regulado en la Ley contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrante y Trata de Personas, ley n° 9095.

j) En razón de que el inciso j) del artículo 11 de la Ley N° 9379 obliga al garante a no permitir que la persona con discapacidad sea sometida a experimentos médicos o científicos, sin que antes haya brindado su consentimiento libre e informado, no podrán presentarse solicitudes de salvaguardia requiriendo autorización para someter a una persona con discapacidad a experimentos médicos o científicos, sin que se cumplan con los presupuestos antes indicados. De igual forma, resoluciones que dispongan la autorización para que una persona con discapacidad sea sometida a experimentos médicos o científicos, resultarán contrarias a la Ley N° 9379 y al artículo 15 de la Convención.

Se considera discriminación por motivos de discapacidad que cualquier instancia pública o privada (incluida la familia) impida, limite o segregue el derecho de la persona con discapacidad, a contar con los apoyos, mecanismos y medios necesarios, así como con

la información oportuna y real para que la persona pueda consentir libre e informadamente su participación en experimentos médicos o científicos, en igualdad de condiciones con los demás.

La obligación aquí descrita, incluye el deber de la persona garante de denunciar ante las autoridades judiciales y/o administrativas correspondientes, de manera oportuna y diligente sobre actos, omisiones o intenciones que tengan la finalidad de someter a experimentos médicos o científicos, a la persona con discapacidad, sin que ésta última haya brinda el consentimiento, en los términos definidos por la Ley N° 9379.

k) El deber de la persona garante de proteger la privacidad de la información personal, legal, financiera, de la salud, de la rehabilitación, de la habilitación y demás datos confidenciales de la persona con discapacidad, se debe entender de conformidad con la normativa vigente y atinente, además de priorizando el respeto a los derechos, la voluntad, las preferencias, las habilidades y las capacidades de las personas con discapacidad.

Dicho deber también implica el deber de la persona garante de denunciar ante las autoridades judiciales y/o administrativas correspondientes, de manera oportuna y diligente sobre actos, omisiones o intenciones que tengan la finalidad de dejar sin efecto la privacidad de la información, en los términos indicados la Ley N° 9379".

El Tribunal de Familia tiene duda sobre el alcance de las obligaciones contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando resulta imposible determinar la voluntad y preferencias de las personas, cuando éstas tienen abolidas sus capacidades generales. De esta manera, se preguntan: ¿Cómo ejercerán personalmente las personas con discapacidad absoluta su plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las personas que la tienen limitada? Si se entiende que existe una limitación absoluta en ese sentido, para personas con discapacidad cuyas capacidades estén completamente abolidas, cuando lo que el nuevo orden procura es el apoyo, que tomen en cuenta la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. En consecuencia, tienen dudas si la persona garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad puede fungir como mandatario especial, pues la persona debería contar con la posibilidad de expresarse y manifestarse, de alguna manera y aunque sea en grado mínimo.

Así, el artículo 7, del Reglamento, detalla las obligaciones negativas que pesan sobre el garante.

Por otra parte, señala a los artículos 11, 12 y 14, del Reglamento a la Ley, que refleja lo dispuesto en el numeral 8, inciso I), de la Ley, que establece a la persona con discapacidad como la primera legitimada para solicitar la salvaguarda, que tiene la lógica para que el proceso inicie con la entrevista de la persona con discapacidad, momento en el cual se determina si se tiene el proceso sin el consentimiento de la persona con discapacidad. Señala que el artículo 12, del Reglamento, que excepcionalmente cuando la solicitud de salvaguarda es presentada por familiares o directores de instituciones, de no verificar la excepcionalidad de prevenirlo en un plazo prudencial (artículos 8, inciso b) y 33, de la Ley). Se deriva del artículo 14, del Reglamento, que se tendrá que entrevistar a la persona con discapacidad, atendiendo su trayectoria de vida y familiar, para considerar la persona propuesta como garante. Así, con las limitaciones tendrá que ser entrevistada para que indique se le parece bien o no a quien se propone como garante. El problema es cómo lo determinaría el juez cuando tuviera abolidas por completo sus capacidades, con estos requisitos legales, cuando no puede imponerse a la persona con discapacidad y tampoco puede representar un mandato. Sobre este mismo artículo 14, señalan el párrafo 3º, del Reglamento, que regula la situación de la persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia. Igual duda genera el artículo 17, inciso a), párrafos 2º y 3º, del

Reglamento, cuando permite, excepcionalmente, que el garante apoye a la persona con discapacidad, en actos que no estén definidos en la resolución, siempre y cuando ello sea urgente o imprescindible para la seguridad y beneficio de la persona que recibe el apoyo. Ello con la resolución del artículo 8, párrafos 2º y 3º, del Reglamento, lo que parece facultar al garante a actuar como su fuerza mandatario especial, y por otra parte, a actuar para casos de urgencia sin ningún tipo de autorización, cuando la propia ley dice que el garante es una figura únicamente de garantía del ejercicio de los derechos y obligaciones. Estas disposiciones obligan a la protección de personas con discapacidad conforme al artículo 51, de la Constitución Política, pero, por otro lado, la Ley N° 9379 y su Reglamento, colocan a la persona con discapacidad absoluta o con máxima discapacidad, en situación de desventaja frente a las otras personas que tienen un grado menor de discapacidad o que la misma no es permanente o total. La normativa los obligaría a actuar personalmente conforme al principio de vida independiente, autonomía personal y en el ejercicio pleno en igualdad de condiciones con las demás personas, todo lo anterior para no ofender la regla general de no discriminar contenidas en el artículo 33, de la Constitución Política, y las obligaciones internacionales.

III.- Sobre el fondo. El meollo de la consulta radica en el problema que surge para las personas con discapacidad mental, intelectual, psicosocial o emocional, que estén en una situación de compromiso del estado de conciencia, debidamente comprobado, de forma tal que les impide tomar decisiones ni externar su voluntad.

En concreto, la Sala, para proceder a contestar las dudas de constitucionalidad y de convencionalidad de las disposiciones, debe determinar si en efecto la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, como su Reglamento, crean condiciones que podrían dejar a estas personas con discapacidad en desventaja con infracción a la igualdad, al establecer que deben actuar personalmente, como también permitir que el garante pueda actuar en casos de urgencias sin autorización de la persona con discapacidad; de igual manera, si es contradictorio o excesivo lo regulado por el Reglamento con la Ley. La duda radica en un aparente vacío de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por Ley N° 8661 de 19 de agosto de 2008), duda que como se verá será despejada. La Procuraduría General de la República, a su vez, contesta el informe para señalar que no estima inconstitucionales las disposiciones consultadas; por el contrario, dice que ellas se ajustan a la citada Convención.

Para la Sala es importante transcribir los siguientes artículos relevantes de la Convención:

“Artículo 5.

Igualdad y no discriminación.

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

“Artículo 12.

Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estado Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad.
- [...]" .

Ahora bien, es importante señalar, que la Convención constituyó un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado y ratificado con la Ley N° 8661 del 19 de agosto de 2008). Para cooperar en la aplicación del Convenio, el Comité estableció en la Observación General N° 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, con el cual se pronunció sobre las obligaciones de los Estados Parte en relación con los artículos 5 y 12, de la mencionada Convención.

Con el fin de dar luz a la consulta judicial presentada por el Tribunal de Familia de San José, se trae a la consideración la interpretación del órgano constituido por los Estados Parte para observar su implementación y conocer de las violaciones a este importante instrumento internacional, especialmente cuando Costa Rica por medio del Decreto Ejecutivo N° 34780-RE del 29 de septiembre de 2008, reconoció su competencia para recibir y considerar las quejas de personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de violación de sus derechos fundamentales por parte del Estado. Adicionalmente, por el diseño que tiene la Convención, contiene ciertas obligaciones internacionales sobre el Estado costarricense que recaen sobre la Asamblea Legislativa de reformar, derogar y posterior emitir legislación compatible con dichas normas, lo mismo que el Poder Ejecutivo de desarrollarlas. Pero también es claro, que corresponde a los jueces de la República interpretar, integrar y aplicar todo el entramado normativo existente a favor de las personas con discapacidad. Naturalmente, están llamados a no dejar a las personas con discapacidad en condiciones desprotegidas, y en vulnerabilidad social, tal como lo establece el artículo 51, Constitucional, cuando enuncia la protección especial del Estados a ciertos sectores de la población, lo que estaría en perfecta sintonía con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por ello, estima esta Sala que es importante traer a colación la Observación General N° 6 del Comité mencionado, con el fin de que la legislación costarricense sea compatible con la interpretación de la Convención, que sea uniforme y compatible con la información que se maneja en dicho foro internacional, y evitar que nuestro país sea considerado como un infractor de las obligaciones internacionales.

Precisamente, se menciona que:

“48. Una diferencia fundamental entre la obligación de efectuar ajustes razonables en virtud del artículo 5 de la Convención y el apoyo que se debe proporcionar a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en virtud del artículo 12, párrafo 3, es que la obligación establecida en este artículo 12, párrafo 3, no tiene ningún límite. El hecho de que el apoyo para el ejercicio de la capacidad pueda imponer una carga desproporcionada o indebida no limita la obligación de proporcionarlo.

49. A fin de asegurar la coherencia entre los artículos 5 y 12 de la Convención, los Estados Partes deben:

- a) Reformar la legislación vigente para prohibir la denegación discriminatoria de la capacidad jurídica, [...];
- b) Proporcionar recursos a los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones con objeto de asistir a las personas con discapacidad a fin de que se desenvuelvan en los sistemas jurídicos existentes. La regulación de esos servicios y la asignación de recursos para prestarlos deben ser conformes con las disposiciones fundamentales señaladas en el párrafo 29 de la observación general núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley. Esto incluye basar los sistemas de apoyo en la aplicación de los derechos, la voluntad y las preferencias de quienes reciben dicho apoyo, en lugar de en lo que se percibe como su interés superior. Cuando no sea factible determinar la voluntad y las preferencias de la persona, en lugar de aplicar el concepto del interés superior en todas las cuestiones relacionadas con personas adultas se debería realizar la mejor interpretación de su voluntad y sus preferencias;
- c. Los Estados Partes deberían proteger contra la discriminación estableciendo una red accesible de asesoramiento o asistencia jurídicos gratuitos de gran calidad, disponible a nivel local, con pocos requisitos mínimos, que debe respetar la voluntad y las preferencias de esas personas y proteger sus derechos procesales (derecho a la capacidad jurídica) al mismo nivel que en otros tipos de representación jurídica. Los Estados Partes deben garantizar sistemáticamente que los instrumentos de protección no se basen en la supresión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ni en otro tipo de obstáculos a su acceso a la justicia".

De lo anterior, es cierto que el paradigma que instituye la Convención es un enfoque nuevo que pone en el centro de toda decisión a la persona con discapacidad, quien a pesar de tener deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y que, al interactuar con diversas barreras, hacen que no puedan participar plena y efectivamente en sociedad, por lo que la Convención les garantiza condiciones de igualdad con las demás personas (Propósito de la Convención). En este sentido, tiene derecho al apoyo, y el garante debe actuar para garantizar la igualdad jurídica y las reformas procesales respectivas que el Estado debe hacer para propiciar esa igualdad.

IV.- Sobre el tratamiento dado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Como consta en la prueba que se solicitó al Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, por resolución de las 10:55 horas, del 16 de octubre de 2019, del Presidente en ejercicio de esta Sala, para que se informara sobre la evidencia médica que permitiera establecer, de forma indubitable, que hay personas que por sus patologías carecen de toda capacidad para tomar decisiones, así como datos del porcentajes de la población nacional que presenta tales condiciones. En cuanto a lo último, se informó que se carece de dicha información, pero en cuanto a lo primero se estableció que:

"Existen muchas enfermedades que pueden llevar a un discapacidad mental e intelectual, lo suficientemente severa como para comprometer la capacidad de una persona para poder realizar la tarea intelectual de análisis necesaria para tomar decisiones. Ejemplos de estas enfermedades puede ser el retraso mental profundo [i] donde el celebro no llega a un adecuado desarrollo, impidiendo incluso la capacidad de comunicación; también hay

enfermedades degenerativas como la demencia [ii] que en estados avanzados provoca una abolición de todas las funciones mentales superiores, por lo que no tiene la capacidad de razonar ni de comunicarse. No obstante cada persona es particular y como tal, se debe realizar un análisis de cada caso, para establecer si efectivamente la patología que padece es lo suficientemente severa, como para provocar una discapacidad mental y/o intelectual que le impidan poder tomar decisiones en general”.

De este modo, existen personas con discapacidad que tienen capacidad para tomar decisiones, pero también hay otras que tienen deficiencias mentales o intelectuales, o que pueden llegar a tener comprometido su estado de conciencia.

A pesar de lo anterior, la Convención establece que a la persona con discapacidad debe permitírselle actuar personalmente a favor de sus derechos, o de todo lo que le beneficie, así como el derecho de contar con el garante. Adicionalmente, en el criterio de la Procuraduría General, ha sido la propia Ley la que establece para estos casos un apoyo más o menos intenso del garante y del juez, según las circunstancias de cada persona. Lo que, evidentemente, es parte del problema que exponen los jueces en la consulta, especialmente cuando el garante actúa sin autorización. Esta Sala es de la opinión que la Procuraduría General lleva razón en su informe; más aún, porque la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece, en su artículo 12, los mecanismos para que esta población pueda disfrutar de una igualdad real ante la ley y todos los demás ciudadanos, a pesar de que tengan abolidas sus capacidades de toma de decisiones

Cabe indicar que esta Sala, recientemente, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre otro aspecto de la Convención, similar al planteado en otro proceso de control de constitucionalidad, mediante la Consulta Legislativa planteada por varios legisladores dentro del proyecto de Ley de “Derogatoria del Artículo 18 de la Ley Reguladora de la Investigación Biomédica, N° 9234, del 25 de abril de 2014”, expediente legislativo número 21.069. Precisamente, por Sentencia N° 2020-003421 de las 12:10 horas del 19 de febrero de 2020, de esta Sala, que se encontraba al día de hoy pendiente de la redacción de una nota para su debida notificación, se dispuso:

“Por mayoría, se evaca la consulta formulada en el sentido de que el proyecto de Ley denominado “Derogatoria del artículo 18 de la ley Reguladora de la Investigación Biomédica, N° 9234, del 25 de abril de 2014”, expediente legislativo N° 21.069, no contraviene el principio de igualdad ni el derecho a la salud. Tampoco se estima contrario a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Magistrado Cruz Castro da razones adicionales. El Magistrado Castillo Víquez y la Magistrada Garro Vargas ponen notas separadas. El Magistrado Rueda Leal y la Magistrada Garro Vargas salvan el voto y declaran inconstitucional la derogatoria del artículo 18 de la Ley Reguladora de la Investigación Biomédica, tramitado en el expediente legislativo número 21.069, porque tiene como resultado que las personas con discapacidad cognitiva queden como huérfanos terapéuticos, pero subrayan, en cuanto al citado numeral vigente, que es constitucional siempre que se interprete que el consentimiento informado suscrito por el o la representante legal de la persona declarada incapaz, mediante un proceso judicial, solo procede cuando la investigación beneficia directamente a esta última. Comuníquese este pronunciamiento al Directorio de la Asamblea Legislativa”.

Es oportuno mencionar que, el artículo 5, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en relación con el artículo 2, de ese Instrumento Internacional, buscan

proteger contra “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad”, y continúa dicho numeral señalando que “tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” e incluso, define como forma de discriminación, “la denegación de ajustes razonables”.

De este modo, no es posible interpretar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, permita adoptar medidas contrarias a su mismo objetivo y fin, que es proteger a las personas definidas en el artículo 1°, de la Convención. Sería un serio contrasentido, interpretar que a una persona cuyo estado de conciencia le impide tomar decisiones, imponga una barrera adicional a la protección de sus derechos humanos y fundamentales, cuando no puede hacerlo personalmente. Esto constituye no solo un abuso, sino una violación a los artículos 51 y 33, de la Constitución Política, a la misma Convención o a la igualdad en otros instrumentos internacionales de derechos humanos invocados por los consultantes. Por ello, el Comité de Derechos precisa aún más las obligaciones internacionales de los Estados, respecto de la Observación General N° 1, citada por los jueces consultantes, con la N° 6, al indicar que la persona que tuviera comprometido su estado de conciencia, debidamente comprobada, y de no establecerle la ayuda porque no puede gestionar personalmente, sería discriminatorio y violatorio a la igualdad. El “apoyo” establecido en el artículo 12, párrafo 3°, de la Convención no tiene límite, máxime si “para el ejercicio de la capacidad jurídica pueda imponer una carga desproporcionada o indebida no limita la obligación de proporcionarlo” en este caso para el garante, o cuando afirma que “cuando no sea factible determinar la voluntad y las preferencias de la persona, en lugar de aplicar el concepto del interés superior en todas las cuestiones relacionadas con personas adultas se debería realizar la mejor interpretación de su voluntad y sus preferencias”.

De ahí que, tampoco es posible concluir que un Tratado Internacional de Derechos Humanos, cuyo objetivo es la protección específica de un sector de la población mundial, a su vez, auspicie y excluya de sus efectos y beneficios de la protección que merecen las personas más vulnerables, toda vez que están igualmente protegidas por la Convención, una conclusión contraria sería irrazonable, incongruente y peligrosa, al exponer a la persona con discapacidad a la “muerte civil”, o incluso a peligros y necesidades sociales, lo que precisamente erradica la Convención al reconocerle todas las formas de ayuda para el ejercicio de la personalidad y capacidad jurídica.

V.- Sobre los alcances de la Ley y su Reglamento. Establecido lo anterior, es necesario establecer que, en ciertos casos de gravedad, el ajuste razonable y el apoyo precisamente deben ser proporcionados a los casos en los que hay compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, como para que sea el juzgador quien, ante su instancia, decidan a favor de la persona con discapacidad, y realice el nombramiento de la persona garante. Coincide la Sala, como lo indica la Procuraduría General de la República, que son los jueces y juezas, como también el garante quienes, en situaciones extremas o casos límite decidirán, tomando en cuenta la relaciones familiares, por ejemplo, para interpretar la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. De ahí que, los artículos 1 (Objetivo), 2 (Definiciones), 5 (Igualdad jurídica de las personas con discapacidad) y 11 (Obligaciones de la persona garante para la igualdad jurídica) de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, no tienen un vicio de constitucionalidad o convencionalidad. Sobre la necesidad de actuar personalmente, frente a quienes no pueden manifestar su voluntad y consentimiento, sino con el garante, estima esta Sala que ello no es

irregular desde el punto de vista constitucional y convencional, por el contrario, lo es necesario.

El artículo 2, inciso g), de la mencionada Ley, define a la salvaguardia como:

“...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.

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”.

Cabe indicar de lo anterior, que las salvaguardias están diseñadas e implementadas primero para hacer respetar los derechos, voluntad, preferencias e intereses de la persona con discapacidad; por otra parte, deben ser proporcionales y adaptadas a cada persona, lo que implica que, quien requiere de más apoyo o más asistencia personal, conlleva también obtener esa ayuda o las condiciones para favorecerle de los peligros o necesidades sociales. Ello está regulado en el artículo 10, de la Ley, que señala:

“ARTÍCULO 10.- Valoración de la salvaguardia. 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, la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite indicar la persona de su preferencia, el juez o la jueza valorará como opción para que ejerzan la salvaguardia a los familiares de la persona con discapacidad.

En todos los casos, el juez o la jueza deberá garantizar que la persona que ejerza la salvaguardia es la idónea, moral y éticamente demostrado, para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial.

Este procedimiento se tramitará de conformidad con lo establecido en la presente ley y en la Ley N.º 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, y sus reformas”.

A su vez, el Reglamento a la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, N° 41087-MTSS del 30 de abril de 2018, publicado a La Gaceta del 23 de mayo de 2018, no establece desigualdad alguna porque incorpora la noción de los apoyos según los requerimientos concretos de la persona con discapacidad. Los jueces consultan los aspectos que obligan actuar personalmente a quien no lo puede hacer en los artículos 7 (la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad como apoyo para el ejercicio de la capacidad de actuar), 8 (intensidad de los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar), 10 (acceso a la justicia y principio de gratuidad en el salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad), 11 (solicitud de la salvaguardia), 12 (Legitimación para solicitar la salvaguardia), 14 (valoración de la salvaguardia), y artículo 17

(especificaciones de cada una de las obligaciones de la persona garante para la igualdad jurídica). Precisamente las disposiciones contienen, en congruencia con las normas legales que le informan e interpretan, obligaciones del Estado y de sus agentes, para hacer que la persona con discapacidad pueda recibir las ayudas y servicios en las dependencias del Estado, para lograr el acceso a la persona protegida por la Convención, y a su garante, puedan gestionar a favor de sus derechos e intereses. Se les garantiza la atención en las intensidades que requieran, se provee condiciones para un mejor desarrollo y desempeño en el proceso judicial, se propicia la gratuidad cuando la persona lo requiera exonerando el pago de los honorarios del curador procesal, a la luz del artículo 6, de la Ley, favorece la actuación procesal también exonerando de la autenticación del escrito inicial, permitiendo que la petición sea verbal o escrito, conforme al artículo 7, de la Ley.

VI.- Sobre la legitimación para pedir la salvaguardia. Precisamente, para cumplir con la Convención mencionada, se promulgó la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, Ley N° 9379 del 18 de agosto de 2016, que establece medidas específicas en protección de las personas con discapacidad, entre ellas la salvaguardia, como la persona que brindará apoyo cuando lo necesite la persona con discapacidad, para que tenga el derecho a la autonomía personal y en igualdad de condiciones que las demás personas. Para que esta persona o salvaguardia sea instituida, es necesaria una solicitud, ante el juez o la jueza, de la persona con discapacidad, o en su lugar, una persona que gestione por él o ella. Ahora bien, los jueces consultantes tienen duda, toda vez que, al iniciarse el proceso para declarar la salvaguardia, desean determinar la constitucionalidad y convencionalidad cuando quien gestiona personalmente es la persona con discapacidad mental, intelectual, psicosocial o emocional, que no esté en posibilidad de expresar su voluntad, preferencias, habilidades y capacidades. La respuesta, está en la habilidad del juez para discernir, con ayuda de los elementos exigidos legalmente, si la persona con discapacidad tiene o no capacidad de actuar propia, o si quien lo hace, lo hace de conformidad con su voluntad y preferencias.

Conforme está regulado en Costa Rica, el apoyo empieza con el procedimiento judicial para este cometido convencional y legal, con un procedimiento judicial regulado en el artículo 848, del Código Procesal Civil (o numeral 254, del Código Procesal de Familia vigente hasta octubre de 2020), e inicia con la gestión de la persona con discapacidad, con la solicitud para que una persona elegida por el o la petente sirva como salvaguarda de su igualdad jurídica. La solicitud puede ser verbal, o por escrito (o cualquier otro medio de comunicación) y no requiere de autenticación si se gestiona personalmente. La normativa obliga a una entrevista, que grosso modo debe llevar a cabo el juzgador con la persona con discapacidad, una vez recibidos los informes médicos. Esta entrevista, es la oportunidad para que la persona con discapacidad exprese libremente su verdadera voluntad. De igual manera, se admite, excepcionalmente, que una persona cercana o institución que esté de soporte a la persona con discapacidad, solicite se le tenga como garante.

Pero si una persona con discapacidad se encuentra en una situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, no puede manifestar su voluntad y decisión, es posible para el Estado tomar las medidas judiciales necesarias para que la judicatura dé garantía de la autonomía e independencia sin discriminación alguna. Es claro que al referirse al “apoyo” lo define el Comité como un concepto amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, con lo que se reconoce que se trata de diferentes tipos e intensidades de apoyos. En criterio de la Sala, es claro el reconocimiento del Estado de sus obligaciones internacionales de legislar a favor de las personas con discapacidad, que se consiguen con medidas de informalidad procesal, tanto del individuo que se apersona como garante de la

igualdad jurídica, como del juez que le permita incluso a aquellos que no pueden manifestar su decisión, a contar con el apoyo necesario. La propia Ley establece que lo primero que el juez o la jueza deberá valorar es la designación de su salvaguardia. Lo califica como una prioridad, toda vez que es el reflejo de la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, lo mismo que responde a su voluntad, sus preferencias, y en segundo plano, el juez o la jueza deberá, ante una limitación funcional de la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial, que no tenga posibilidad o se limite indicar la persona de su preferencia, para lo cual deberá tomar en consideración a los familiares para la función de la salvaguardia. Se deberá asegurar que la persona escogida sea idónea, moral y éticamente demostrada, hacia la garantía que se busca a favor de los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad. En el caso del artículo 14, del Reglamento, no hace más que desarrollar en qué consiste la valoración que debe hacer el juez o la jueza, siempre tomando en cuenta la voluntad y preferencias, se debe fijar en el lugar que ocupa para la persona con discapacidad la trayectoria de vida o historia familiar, relación de confianza entre solicitante y la persona que busca para darle el apoyo, y su relación con otras redes de apoyo familiar y comunal. De este modo, es claro que el juez o jueza debe hacer una valoración total de la red familiar, el momento de vida en la que está el solicitante (si es menor de edad, adulto joven, adulto mayor, por ejemplo) e inclinarse por aquella que ofrezca los mayores contactos con la persona con discapacidad, lógicamente valorados desde un punto de vista positivo, como son las redes de apoyo familiares, de mayor presencia en la situación individual de la persona interesada. Claro está, el abordaje multidimensional también permite entender que esta presencia debe ser cualitativa, no solo presencial, sino que debe conducir hacia la idoneidad, moral y ética de la elección.

Por ello, la interpretación que hace el Poder Ejecutivo de la Convención y la Ley en el artículo 8, del Reglamento, armoniza adecuadamente las obligaciones del garante, al establecer los supuestos en los que el garante debe intervenir. Dicho numeral se ocupa de las diferentes intensidades de apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar, sea más intenso para quien se encuentre en una situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, donde el garante podría consentir para un acto concreto a la luz de los artículos 17, inciso a), y 8, párrafos 2º y 3º, del Reglamento. Es claro que esta normativa exemplifica los tipos de apoyo en medianamente intenso como el que le permite firmar en conjunto gestiones notariales o administrativas, y finalmente, menos intenso que se refiere a la labor de orientación, de hacer accesible la información y brinda consejo sobre consecuencias y efectos de los actos. Como es evidente, el artículo 8, del Reglamento, se refiere a las formas de apoyos que contempla el artículo 12, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No hay, respecto del artículo 7, del mencionado Reglamento, contradicción, pues el salvaguardia para la igualdad jurídica de la persona con discapacidad, es el apoyo de la capacidad de actuar, conforme a las circunstancias, delimitada, claro está, a la voluntad de la persona, de modo que no puede haber una imposición en su contra, situación que es muy diferente a la que se da cuando no existe ninguna posibilidad por las deficiencias mentales o intelectuales. El carácter facultativo y no obligatorio, así como limitado en el tiempo, es para evitar que la persona con discapacidad sea presa de dominio continuo en perjuicio de su autonomía e independencia, lo mismo puede decirse respecto de la negación de un tipo de representación legal. Debe quedar claro, que se busca evitar, para la persona con discapacidad, una “muerte civil”, aún a pesar de requerir de los apoyos más intensos.

En este sentido, en un caso típico de familias integradas, el juzgador estaría obligado a valorar el garante de las personas dentro de su núcleo familiar, pero además, establecer que esa

persona cumple con las condiciones necesarias que la hace idónea, moral y éticamente para que el ejercicio de la función sea segura y efectiva, y en conformidad con los derechos y obligaciones de la persona con discapacidad. Y el garante, deberá cumplir con las obligaciones que señala el artículo 11, de la Ley, transcrita supra. Precisamente, el Reglamento desarrolla lo establecido en la Ley al establecer, en el artículo 8, lo que define como la “Intensidad de los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar”, de forma tal que aborda e interpreta la Convención y la Ley de modo que permite entender que existen diferentes niveles de apoyos, lo cual es completamente comprensible para personas que requieran de modulaciones más fuertes de apoyo que otras.

De este modo, se podrá actuar a favor de la persona con discapacidad, especialmente en temas sobre derechos a la propiedad, familia, derecho a la salud, entre otros, salvo las restricciones contenidas en las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos. El que se pueda actuar sin autorización es porque las circunstancias así lo demandan, para evitar no solo la “muerte civil”, sino daños a los intereses y derechos de la persona con discapacidad; pero también, sobre la integridad en general, como decisiones sobre la salud (salvo las restricciones aplicables por la Convención, la Ley y el Reglamento).

Es importante denotar, que la normativa procura racionalizar estos aspectos, que finalmente quedan a la valoración del juez al asignar el garante de la igualdad jurídica de la persona con discapacidad. En esto, hace bien el Reglamento cuando permite visualizar un abordaje multidimensional, que debe hacerse (caso por caso) según la situación de hecho y de derecho. El enfoque de los principios de autonomía e independencia de la persona con discapacidad siempre deberá asumirse en beneficio de la persona protegida por la Convención, de manera que lo que el juzgador debe ordenar es para mantener la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, aún cuando carezca de ella, especialmente cuando debe elegir a la persona moral y éticamente mejor posicionada a favor de la persona con discapacidad.

VII.- Nota del Magistrado Rueda Leal. En el sub iudice, se cita y transcribe la parte dispositiva de la sentencia número 2020-003421 de las 12:10 horas del 19 de febrero de 2020 con la indicación de que “esta Sala, recientemente, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre otro aspecto de la Convención, similar al planteado en otro proceso de control de constitucionalidad, mediante la Consulta Legislativa planteada por varios legisladores dentro del proyecto de Ley de “Derogatoria del Artículo 18 de la Ley Reguladora de la Investigación Biomédica, N° 9234, del 25 de abril de 2014”, expediente legislativo número 21.069”.

Al respecto, advierto que en la sentencia número 2020-003421 estimé inconstitucional la derogatoria del artículo 18 de la Ley Reguladora de la Investigación Biomédica número 923 de 25 de abril de 2014, tramitada en el expediente legislativo número 21.069, porque tiene como resultado que las personas con discapacidad cognitiva queden como “huérfanos terapéuticos”, esto es, en una situación de desigualdad en cuanto a la producción de medicamentos que les beneficien. A los efectos de evitar tal situación y encontrar un justo equilibrio entre los derechos constitucionales a la salud, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, sostuve que tal norma sería constitucional siempre que se interpretare que el consentimiento informado suscrito por el o la representante legal de la persona declarada incapaz, mediante un proceso judicial, solo procedería cuando la investigación beneficiare de modo directo a la última. Tal tesis es consecuente con lo que indiqué en mis razones particulares correspondientes a la sentencia n.º 2014-003969 de las 18:00 horas del 20 de marzo de 2014, específicamente en lo concerniente a los numerales 18 y 64 del entonces consultado proyecto “Ley reguladora de investigación biomédica”, que se

trató en el expediente legislativo n.º 17.777. La situación antedicha (contemplada en las sentencias 2020-003421 y 2014-003969), con el consecuente daño a la salud de las personas con discapacidad severa de tipo cognitivo, no se advierte en este caso, puesto que, como en forma atinada sostiene la Procuraduría General de la República, la normativa objeto de la consulta deja atrás el paradigma asistencialista, absolutamente anacrónico, para asumir uno donde se potencian los derechos y la integración en sociedad de las personas con discapacidad a través de un proceso de salvaguardia ante el juez de familia. En efecto, del numeral 10 de la “Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad” se extrae la obligación del operador de justicia, en la designación de la salvaguardia, de considerar las situaciones excepcionales, en que una persona con discapacidad no se encuentre en condiciones de elegir la persona garante de su preferencia de tal manera que, en todos los casos, “el juez o la jueza deberá garantizar que la persona que ejerza la salvaguardia es la idónea, moral y éticamente demostrado, para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial”. En adición, el ordinal 11, relativo a los deberes del garante, regula que su actuación será proporcional y adaptada a la condición de la persona asistida. Finalmente, las normas del decreto en consulta desarrollan de modo congruente tales disposiciones legales, así como lo regulado en el artículo 12 de la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2007 y ratificada por Costa Rica mediante Ley número 8661 de 19 de agosto de 2008.

VIII.- Documentación Aportada Al Expediente. Se previene a las partes que, de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de treinta días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el “Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial”, aprobado por la Corte Plena en Sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial N° 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la Sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI.

Por tanto:

Se evaca la consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de Familia del Primer Circuito Judicial de San José en el sentido de que no existe infracción a lo establecido en la Constitución Política y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la exigencia de que se nombre a un garante, para proteger la igualdad jurídica de la persona con discapacidad, aún aquella que esté en una situación de compromiso en su estado de conciencia, debidamente comprobado. No existe desigualdad, tampoco, respecto de aquellas personas con menos necesidades de apoyo, toda vez que la mencionada Convención autoriza salvaguardias y mecanismos de asistencia y apoyo razonables para que puedan ejercitar su capacidad jurídica, respetando, entre otros requisitos, los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. Finalmente, advierte la Sala que, al respecto y por las mismas razones, tampoco existe contradicción o exceso con lo dispuesto por el Reglamento a la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. El Magistrado Rueda Leal pone nota. La Magistrada Garro Vargas salva el voto y declara inconstitucional por sus efectos la

aplicación de la Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad y su respectivo Reglamento a las personas con discapacidad cognoscitiva y volitiva severas (cuando hay abolición de las capacidades), en lo relativo a lo cuestionado, esto es, al mecanismo de la salvaguardia, la figura del garante y la lógica de imputación de responsabilidades. Mientras no haya una ley específica al respecto, estima que lo conforme con los artículos 33 y 51 de la Constitución es aplicar las normas del derecho común en lo conducente. Lo anterior, en aras de velar por la dignidad, el respeto de los derechos y el interés superior de estas personas. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.- /Fernando Castillo V. Presidente/Paul Rueda L./Luis Fdo. Salazar A./Jorge Araya G./Anamari Garro V./Ronald Salazar M./Alicia Salas T./.-

Exp: 19-018477-0007-CO

Res. N° 2020-016863

VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA GARRO VARGAS

I. -CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

Artículo 3. .Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación de! texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales.

Por las razones que ahora expondré, estimo que la normativa sub examine resulta contraria a la Constitución por sus efectos. Tal inconstitucionalidad se produce por la indebida equiparación jurídica de todo tipo de discapacidades, la inexacta interpretación del alcance del principio de igualdad y no discriminación y también por soslayar lo dispuesto en el artículo 51 constitucional.

II. - SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Este Tribunal Constitucional ha realizado el análisis de diversos instrumentos internacionales tendientes a reconocer el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación contraria a la dignidad humana, así como la evolución del concepto de igualdad real y la igualdad de oportunidades. En la sentencia 2009- 011586 esta Sala señaló lo siguiente:

"SOBRE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. El artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro Ordenamiento mediante Ley de la República No. 4229 de 11 de diciembre de 1968, ordena en el artículo 26 que "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o

cualquier otra condición social". Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* dispone en el artículo 2º que los Estados Partes en el Pacto se "(...) comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncia, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". En el plano americano, la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos* dispone en el artículo 24 que todas las personas son iguales ante la ley y que, en consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de ésta. El artículo 18 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, "Protocolo de San Salvador", Ley No. 7907 de 3 de setiembre de 1999, dispone en el artículo 18 que "Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad." Como puede observarse, la tendencia expansiva y progresiva de los derechos humanos ha llevado a los países a sumarse a la lucha contra toda forma de discriminación que sea contraria a la dignidad humana. En atención a esas tendencias de garantizar el derecho a la igualdad de todas las personas, los Estados Americanos suscribieron la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, en Ciudad de Guatemala el 8 de junio de 1999 y que fue incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico mediante Ley No. 7948 de 22 de noviembre de 1999 (instrumento internacional con fuerza superior a la ley por disposición del artículo 7 constitucional). En la Convención se reafirmó que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación en razón de la discapacidad, dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. El objetivo de la Convención es la prevención y la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. El artículo 1º define la discriminación, de la siguiente manera:

"El término discriminación contra las personas con discapacidad, significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o el propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales".

Asimismo, en el artículo 2º consagra la obligación de los Estados que la suscribieron, a adoptar:

"las medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas, actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales y las actividades políticas y de administración".

Igualmente, conviene señalar que la Asamblea General de las Naciones Unidas en el Sexagésimo primer periodo de Sesiones entre el 14 y 25 de agosto de 2006 adoptó la resolución No. 61/106 que es la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la cual fue aprobada en nuestro país mediante la Ley No. 8661 de 19 de

agosto de 2008. En el Preámbulo de dicha Convención se reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones. Asimismo, destaca la importancia de incorporar cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible y reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano. El artículo 1º dispone que el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Como obligaciones generales establece lo siguiente:

"Artículo 4. 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de incapacidad."

El común denominador de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos señalados se centra en la eliminación de la discriminación y en la nueva dimensión de la igualdad de oportunidades. Asimismo, se insiste sobre el derecho de las personas con discapacidad a las mismas oportunidades que el resto de la ciudadanía, a disfrutar en un plano de igualdad de las mejoras en las condiciones de vida resultantes del desarrollo económico, tecnológico y social y se advierte de la importancia de la inserción social de las personas con discapacidad". (Lo resaltado no corresponde a la sentencia original).

Es clara la evolución y el paradigma que recoge la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo, a efecto de reconocer la dignidad intrínseca de las personas con discapacidad. El artículo 1º de la referida Convención señala lo siguiente:

"El propósito de la presente convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de linios los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. y promover el respeto de su dignidad inherente

El principio de igualdad, adecuadamente interpretado, procura reconocer a cada persona en su situación de hecho singularmente considerada, atendiendo a su condición propia y a sus necesidades específicas. No corresponde tratar igualmente a todas las personas con discapacidad, precisamente, porque las discapacidades pueden ser de diversa índole y esto tiene consecuencias directas en la posibilidad real de ejercer la capacidad jurídica. El reconocimiento de sus circunstancias médicas y clínicas particulares, obliga a darles un tratamiento diferenciado para proveerles sus necesidades básicas y velar por sus intereses. Dicho reconocimiento es necesario y exigible, justamente, para garantizar y potenciar el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. Es decir, la materialización del principio de igualdad obliga a reconocer las diferencias, las particularidades y las necesidades de todas las personas. No cabe desconocer y desatender las necesidades específicas de personas con discapacidades, enfermedades severas o traumas que comprometen su capacidad cognoscitiva o volitiva. De manera que no cabe generalizar y dar un trato homogéneo a las diversas necesidades y particularidades de todas las personas con discapacidad.

Con lo dicho no se está negando el gran valor de la Convención y el desarrollo normativo realizado en nuestro país por parte de la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad y su respectivo Reglamento. Lo que se afirma es que pretender homogeneizar o brindar un tratamiento jurídico idéntico a las personas que tienen una discapacidad física o sensorial que no compromete su voluntad -o que sólo se encuentre disminuida, respecto de las personas cuya capacidad volitiva y cognoscitiva es prácticamente nula y así está demostrado clínicamente -que no solo requiere de apoyos, sino de una representación legal para el cuidado diario, tratamientos médicos y administración de bienes patrimoniales- resulta lesivo de los derechos fundamentales de estas últimas, por infringir el principio de igualdad y de la especial protección que hay que reconocer a las personas con discapacidad en los términos del artículo 51 de la Constitución Política.

Es claro que ha sido muy significativo y valioso promover el principio de la igualdad real, acuñado desde algún tiempo atrás, que busca que a las personas con discapacidad se les reconozcan posibilidades reales para integrarse a la sociedad, y procura su autonomía e independencia que les facilite potenciar sus habilidades personales, su realización y su autodeterminación. Sin embargo, no parece apropiado que tal reconocimiento y consolidación del respeto de tales derechos lleve a desconocer la situación de las personas en quienes, lamentablemente, esa autodeterminación y manifestación de su voluntad no es posible. Reitero que resulta ilegítimo y contrario a la dignidad y a la igualdad de las personas darles idénticos tratamientos y soluciones jurídicas, pues supondría no valorar situaciones fácticas objetivas y comprobables que son relevantes para el Derecho.

En este punto es preciso ilustrar las consideraciones con las manifestaciones realizadas por las autoridades consultadas del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, concretamente, de la especialista en Psiquiatría, Dra. Larisa Escalante Chaves, Código Médico MED6611, quien informó a la Sala lo siguiente:

"Existen muchas enfermedades que pueden llevar a un discapacidad mental e intelectual, lo suficientemente severa como para comprometer la capacidad de una persona para poder realizar la tarea intelectual de análisis necesaria para tomar decisiones Ejemplos de estas enfermedades puede ser el retraso mental profundo

[i] donde el cerebro no llega a un adecuado desarrollo, impidiendo incluso la capacidad de comunicación; también hay enfermedades degenerativas como la demencia [i i] que en estados avanzados provoca una abolición de todas las funciones mentales superiores, por lo que no tiene la capacidad de razonar ni de comunicarse. No obstante cada persona es particular y como tal. se le ha realizar un análisis de cada caso, para establecer si efectivamente la patología que padece es lo suficientemente severa, como para provocar una discapacidad mental y/o intelectual que le impidan poder tomar decisiones en general".

Lo dicho por la profesional no hace sino evidenciar que existen personas que poseen grados de discapacidad mental e intelectual suficientemente severos que comprometen su capacidad para realizar labores intelectuales y de toma de decisiones. Es justamente a esta población la que se procura amparar con esta consulta judicial del Tribunal de Familia.

III.- SOBRE LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE EL RECONOCIMIENTO A LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA POSIBILIDAD REAL DE EJERCERLA

Es pacífico que el reconocimiento de la capacidad jurídica es intrínseco a la persona humana. Es un atributo universal inherente a todas las personas, que tiene su fundamento en su condición humana. Nuestro Código Civil en el artículo 36, dispone al respecto que:

"La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal" (Lo destacado no corresponde al original).

La capacidad jurídica, como se ve, si bien es inherente a la condición humana, puede ser modulada o regulada sin que ello implique per se una vulneración a los derechos fundamentales de una persona. Siguiendo el análisis del Código Civil, nuestro ordenamiento jurídico reconoce, por ejemplo, que la capacidad jurídica de una persona menor de edad, concretamente, una persona menor de quince años, se encuentra absolutamente restringida para asumir obligaciones por actos o contratos que se realicen (artículo 38). Y esto, de suyo, no va en detrimento de su dignidad.

Asimismo, se reconoce que:

"Los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva y cognoscitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos". (Artículo 41).

Ahora bien, en lo que aquí interesa, es preciso señalar que la capacidad jurídica - entendida como la posibilidad de ser titular de derechos- no se restringe ni siquiera en el escenario en el que las personas tengan una discapacidad severa; sin embargo, es posible que el ejercicio de la capacidad jurídica se vea restringida o limitada, en algunos supuestos que deberán estar debidamente acreditados o comprobados por una autoridad clínica especializada (psiquiatra o médico forense). Dichos casos responden a las circunstancias médicas señaladas supra, sea que, por condiciones clínicas o traumas, una persona tenga nula posibilidad de manifestar su voluntad y sus capacidades cognoscitivas estén severamente comprometidas. En tales escenarios, si bien es deseable la autonomía de la persona y que no haya sustitución de la voluntad, resulta imposible recabar algún indicio cierto de tales manifestaciones; en cuyo caso, por la propia protección de la persona en cuestión, es necesario brindar apoyos idóneos para no colocarla en un estado vulnerabilidad. Al respecto, considero que no solo cabe, sino que es preceptivo que el Derecho, al advertir que hay distintos tipos de discapacidad y que esto conlleva diversas consecuencias objetivas y comprobables clínicamente, establezca una diferenciación en el tratamiento jurídico a las personas con discapacidad. De manera que la solución jurídica en lo relativo a la representación deberá ser conforme con la naturaleza de la discapacidad misma. Pretender admitir que todos los seres humanos tienen idénticas capacidades en el ejercicio de la personalidad y capacidad jurídica, sin distingo concreto de sus respectivas realidades clínicas personales, no hace sino profundizar la problemática de la desigualdad y la discriminación, al soslayar la realidad de que existen personas que no están en condición de ejercitar por su propia cuenta sus derechos, manifestar su voluntad o que sus capacidades intelectuales se encuentran seriamente comprometidas. En síntesis, no corresponde tratar del mismo modo a todas las personas con discapacidad, justamente, porque las discapacidades pueden ser de diversa índole y esto tiene consecuencias directas en la posibilidad real de ejercer la capacidad jurídica, ser un centro de imputación de derechos, de obligaciones y, por tanto, de responsabilidades.

Por otro lado, el principio de igualdad, que consagra el artículo 33 de la Constitución Política, si es adecuadamente entendido, no es contrario al ya mencionado artículo 51 de la Constitución Política, que nos obliga a dotar de una especial protección y mayor sensibilidad hacia la persona con discapacidad. Además, en orden al respeto del principio pro persona es necesario hacer las distinciones o diferenciaciones razonables y proporcionales sobre una base objetiva y acotada a las circunstancias personales de cada ser humano.

La jurisprudencia de esta Sala es conteste en que la Constitución prohíbe la discriminación, pero no excluye la posibilidad de que el poder público pueda otorgar tratamientos diferenciados a situaciones distintas, siempre y cuando se funde en una base objetiva, razonable y proporcionada. Se indica que resulta legítima y hasta obligatoria una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho. Justamente, lo que defiendo en este voto salvado es que no se puede conceder idéntica solución jurídica a supuestos de hecho diversos, siendo que, además, por mandato del artículo 51 constitucional, se exige de los Poderes Públicos una protección reforzada, esto es, un trato particularizado. Tal distinción no es discriminatoria en la medida en que obedece a la necesidad de responder de diferente manera a supuestos de hecho que no se pueden equiparar.

Por su parte, una interpretación no restrictiva de la Convención evitará una situación de desamparo jurídico de las personas con una discapacidad cognitiva y volitiva severa, que agudice las desventajas fácticas en las que se encuentran.

Ciertamente, la prohibición del artículo 15 de la Convención parece ser absoluta, pero el propio instrumento señala y reconoce que se debe tratar a las personas con discapacidad, según sus propias circunstancias. El artículo 5 señala:

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

Además, el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad no es, de entrada, contrario a la figura de la representación legal de las personas con discapacidad pues el propio articulado hace referencia al “acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” y a que las salvaguardias sean “proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”. Los apoyos y las salvaguardias, en los términos de la Convención, deben ser proporcionales a las circunstancias propias de cada individuo y a las específicas necesidades que estos tengan; en cuyo caso, si una persona está imposibilitada para ejercitar su capacidad jurídica y, por lo tanto, ser centro de imputación de responsabilidades por las decisiones adoptadas, se le debe procurar un mecanismo para que otra persona asuma su cuidado y su representación jurídica. Naturalmente, esta persona deberá responder, a su vez, por la gestión que realiza.

Si se pierde de vista lo anterior y la necesaria distinción entre tener capacidad jurídica y estar en condiciones reales de ejercerla, se podría provocar una situación de desigualdad no deseada por la Constitución y por la Convención, al omitir reconocer un trato jurídico diferenciado a situaciones fácticas diversas. La desigualdad se daría por asimilar a todas las personas con discapacidad en una misma categoría, sin atender a las particulares condiciones de quienes no tienen la posibilidad de manifestar su voluntad o ejercer su potencial cognoscitivo y, por lo tanto, necesitan de alguien que los represente para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Sin duda, el Estado tiene la obligación absoluta de proporcionar acceso al apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y, además, la obligación de hacer las previsiones legales pertinentes y apropiadas a la diversa naturaleza de la discapacidad que la persona tenga. Si el grado de discapacidad posibilita al individuo a ejercer su capacidad jurídica, la ejercerá con los apoyos que al respecto se estimen prudentes y apropiados. Pero si una persona no está en condiciones de ejercer su capacidad jurídica, debe preverse alguna figura que represente y vele por los intereses y cuidados de esa persona incapaz. Esta figura no se debe asociar, necesariamente, al ejercicio abusivo de ese encargo. Ello equivaldría a una presunción inris et de i tire, que no resulta procedente. Si en determinados casos hay situaciones riesgosas, de abuso o, en general, incompatibles con las necesidades de la persona que se procura amparar, lo procedente es que el juez fiscalice y tome las medidas que correspondan. El abuso en el ejercicio de tal representación tiene consecuencias penales y civiles que el Derecho tiene previstas, pero no invalida, por sí misma, la figura de la representación. Todo en aras de velar por los derechos y los intereses de la persona que tiene la discapacidad cognoscitiva o volitiva severa.

Reitero que si la persona con discapacidad sensorial o física puede ejercer su capacidad jurídica, nadie está legitimado a arrogarse su representación y contradecir su voluntad. No así en el caso de personas cuya discapacidad les impide de manera permanente el ejercicio de su capacidad jurídica. La tienen como propia y la ejercen para todo lo que les beneficia y en lo que no haya necesidad de manifestación de voluntad; en cambio, necesitan de un representante cuando se trate de actos que requieren manifestación de voluntad.

IV.- SOBRE LA CONSULTA JUDICIAL EN CONCRETO

A) Cuestionamientos de los jueces consultante

El Tribunal de Familia realiza su consulta sobre la base del cuestionamiento de si el nuevo paradigma consagrado en la ley n.º 9379, Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, que está basado en un modelo del reconocimiento generalizado de la personalidad jurídica, pero también de la capacidad jurídica y la capacidad de actuar (artículo 5o) resulta idóneo a aplicar a las personas cuyas capacidades están completamente abolidas.

Además, los jueces consultantes se cuestionan si el modelo plasmado en la referida ley respecto a la salvaguardia y la persona garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad es el más idóneo para estas personas que tienen absolutamente comprometidas sus capacidades cognoscitivas y volitivas, pues en muchos casos la figura de este garante -que no es continuo, ni permanente- resulta contradictoria con las necesidades de salvaguardia de una persona en esta grave situación. Apuntan que un garante no puede actuar sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona con discapacidad (artículo 11 de la ley). Restricciones que limitan su capacidad de respuesta ante las muy específicas necesidades de una persona en estas condiciones.

Asimismo, ponen de manifiesto las contradicciones que posee la normativa de análisis para los supuestos de las personas con discapacidades severas y una posible infracción al principio de reserva de ley en la regulación de derechos fundamentales y la potencial contradicción entre el reglamento y la ley. Pues, por un lado, la normativa legal es enfática en el sentido de que el garante tiene prohibido actuar sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona con discapacidad; pero, en el Reglamento a la Ley para Promoción

de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, n.º 41087 - MTSS, se permite que el garante actúe o brinde su consentimiento para actos concretos (artículo 8) o que adopte actuaciones o actos que no estén expresamente definidos, “siempre y cuando ello resulte urgente e imprescindible para la seguridad y en beneficio de la persona que recibe el apoyo” (artículo 17, inciso a). El Tribunal de Familia pone de relieve que en tales casos se faculta al garante a figurar como si fuera un mandatario especial y se le autoriza a actuar en casos de urgencia sin ningún tipo de autorización, cuando la propia ley establece que el garante es una figura únicamente de garantía del ejercicio de los derechos y las obligaciones.

B) Consideraciones sobre la consulta judicial planteada

Conforme a las consideraciones preliminares de este voto salvado, considero que llevan razón los juzgadores consultantes en sus apreciaciones; especialmente en lo relativo a la aplicación de la ley n.º 9379 y su Reglamento a las personas que, luego del respectivo análisis forense, se determina que poseen una discapacidad mental e intelectual, lo suficientemente severa como para comprometer su capacidad para poder realizar la tarea intelectual de análisis necesaria para la toma de decisiones y, por ello, ser sujeto de imputación de responsabilidades.

Debo insistir que esta normativa es idónea para personas que no tienen comprometidas sus capacidades y, por lo tanto, pueden llevar adelante su proyecto de vida de forma independiente con determinados apoyos y garantías que les facilite su incorporación y desenvolvimiento en sociedad. Esto con el expreso propósito de respetar su voluntad, sus decisiones y, en definitiva, su autodeterminación. El enfoque sustitutivo de la voluntad no resulta razonable para estas personas.

No obstante, estimo que este modelo no es apto para las personas que, como informaron las autoridades del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, padecen una abolición de todas las funciones mentales superiores, por lo que no tienen la capacidad de razonar ni de comunicarse. Dicha condición clínica particular es contradictoria con los fines de la ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, cuyo objetivo gira en torno a una noción de **vida independiente**. Es preciso destacar lo que a tales efectos regula el inciso m) del artículo 2o de la ley bajo análisis que dispone, textualmente, lo siguiente:

“Vida independiente: principio filosófico ele vida que propicia que las personas con discapacidad asuman el control de su propio proyecto ele vida y lomen decisiones. Promueve el ejercicio legítimo y necesario de la autonomía y la determinación como derechos fundamentales: lo anterior implica asumir las responsabilidades que sus decisiones conlleven y el derecho a ser parte activa dentro de la comunidad que la persona elija, sin importar el grado de discapacidad que presente y si para lograr esta autonomía requiere el uso de productos y servicios de apoyo, de la asistencia personal o del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad” (Lo destacado no corresponde al original).

Además, conviene agregar lo señalado en el artículo 5), el cual establece que todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica, lo que implica: a) El reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar; b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses y c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona. Estimo que estas cualidades del

ejercicio de la capacidad jurídica no pueden ser asimiladas del mismo modo para todas las personas, especialmente para aquellas que tienen severamente comprometidas sus capacidades, como ya se desarrolló ampliamente en los acápite anteriores.

Ahora bien, como se examinó en el voto de mayoría, para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, se introduce en el ordenamiento jurídico el proceso de salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y el encargado para tales efectos, mediante una resolución jurisdiccional, será el garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad. Las obligaciones para la persona garante están consagradas en el artículo 11 de la ley y se prevé, de forma expresa, que no tiene la posibilidad de actuar sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona con discapacidad.

Pese a tan tajante manifestación de la ley de análisis, el Reglamento excepciona y contradice lo indicado en la ya referida norma y en el propio inciso 8) del artículo 7 que afirma que la salvaguardia no es un tipo de representación legal, ni se asimila a otras figuras. Pero sí se autoriza en el artículo 8 lo siguiente:

“Así por ejemplo, un apoyo más intenso podría ser el que brinde la persona garante a una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, quien podrá consentir para un acto concreto” (Lo resaltado es propio).

Y, además, el artículo 17 advierte, en el párrafo segundo, que:

“Excepcionalmente, el garante podrá apoyar a la persona con discapacidad en actuaciones o actos que no estén expresamente definidos en la resolución, siempre y cuando ello resulte urgente e imprescindible para la seguridad y en beneficio de la persona que recibe el apoyo”. (Lo destacado no es del original).

Se constata que el reglamento es contrario a legislación en el sentido de que la figura del garante no puede actuar sin considerar la voluntad de la persona con discapacidad, partiendo que no se trata de una figura continua o permanente y que no es un representante legal; pero el Reglamento de marras sí excepciona y autoriza al garante a tomar decisiones concretas o, incluso, participar de determinaciones o actuaciones para las que no se encuentra autorizado, siendo que como se señaló supra, el centro de imputación y, por lo tanto, el responsable de estas conductas, será la persona con discapacidad.

Se acredita, de este modo, que las normas del reglamento sí permiten, aunque sea de forma excepcional, la sustitución de la voluntad de una persona con discapacidad. Dicha situación, además de evidenciar una antinomia e incurrirse en una infracción al principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales, implica una amenaza a los derechos de las personas con discapacidad, específicamente, de aquellos individuos con sus capacidades cognoscitivas y volitivas comprometidas. Aplicar la figura del garante a todas las personas con discapacidad, sin distinción de su particular situación clínica y sus específicas necesidades, paradójicamente, lesiona el principio de igualdad en su vertiente de legítima diferenciación entre desiguales y, sobre todo, en la realidad, desprotege a la persona con discapacidad. Esto, por cuanto, no hay una figura jurídica que lo represente de forma permanente y pueda ser el responsable de la administración de sus bienes y responder ante el juez por el ejercicio de su gestión.

La figura del garante no es de suyo constitucional sino su aplicación a supuestos de hecho para los que no fue diseñado. En principio, la intervención del garante es apta para las personas sin discapacidades cognoscitivas o volitivas severas; es decir, un acompañante o asesor en la toma de decisiones. Sin embargo, como en la ley se parte del supuesto de que éste no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad y, siendo que las personas con discapacidad cognoscitiva o volitiva severas no pueden manifestar ni siquiera al garante su propia voluntad, luego, esa figura se toma no apta para las personas que tienen ese tipo de discapacidad.

Como ya se apuntó supra, una cosa es poseer capacidad jurídica y otra muy distinta la posibilidad de ejercerla. Por ello, considero que la legislación de marras es omisa en la adecuada comprensión de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce que “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. La lectura que realizo de dicho Convenio es que el Estado tiene la potestad de regular los procedimientos necesarios para que las personas puedan ejercer su capacidad jurídica y, justamente, al desatender las específicas necesidades de las personas con sus capacidades comprometidas, se les coloca en un severo estado de inseguridad y desigualdad. La normativa nacional está contemplada en términos absolutos, dejando por friera el análisis de las exigencias que requiere una población especialmente sensible.

Por lo demás, también considero que la normativa es deficiente en relación con los alcances de la responsabilidad de la figura del garante respecto a estas decisiones excepcionales. A diferencia de las figuras tradicionales civiles (guardador, representante legal y administrador de bienes) que deben dar cuenta y asumen la responsabilidad de su gestión, el garante no es centro de imputación de responsabilidad por las decisiones y actuaciones por él adoptadas, sino que se trasladan a la persona con discapacidad (artículo 2º de la ley). Esto, al no prever responsabilidades por la toma de decisiones, deja abierta la puerta a los abusos e irregularidades.

Con el actual marco normativo, no cabe dejar todo en manos del juez, justamente porque hay vacíos legales que ni la más prudente acción pretoriana puede llenar. Además, el problema es de raíz: la ley homologa todo tipo de discapacidad y soslaya las consecuencias que conlleva la discapacidad cognoscitiva y volitiva severas.

Sin embargo, mientras no haya una ley específica al respecto, estimo que lo conforme con los artículos 33 y 51 de la Constitución es aplicar las normas del derecho común en lo conducente. Lo anterior, en aras de velar por la dignidad, el respeto de los derechos y el interés superior de estas personas.

V. – CONCLUSIÓN

Como corolario de las consideraciones realizadas, ordeno evacuar la consulta judicial en los términos esbozados en este voto salvado.

Considero inconstitucional, por sus efectos, la aplicación de la Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad y su respectivo Reglamento a las personas con discapacidad cognoscitiva y volitiva severas (cuando hay abolición de las capacidades), en lo relativo a lo cuestionado, esto es, al mecanismo de la salvaguardia, la figura del garante y la lógica de imputación de responsabilidades. Estimo que, mientras no haya una ley específica al respecto, lo conforme con los artículos 33 y 51 de la Constitución

Política es aplicar las normas del derecho común en lo conducente. Lo anterior, en aras de velar por la dignidad, el respeto de los derechos y el interés superior de estas personas. / Anamari Garro Vargas, Magistrada/.

San José, 20 de enero del 2022.

Luis Roberto Ardón Acuña,

Secretario

1 vez. — O. C. N° 364-12-2021B. — Solicitud N° 68-2017-JA. — (IN2022618441).