



DH-DAJ-0938-2018
6 de noviembre de 2018

Señoras (es)
Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos
Asamblea Legislativa

Estimados señores y señoras:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestarles que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de Ley "**Ley Orgánica de la Defensoría de las Personas de la República y Abrogación de la Ley N.º 7319, Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República**", expediente legislativo N°19.547, me refiero en los siguientes términos:

1. Resumen Ejecutivo

- La Defensoría de manera general tiene objeciones a la integralidad del proyecto que se somete a su consulta, pese a lo cual, parte importante del contenido del criterio que se vierte se concentra en exponer la priorización que a nivel de reformas, se estima, requiere la institución para fortalecer su funcionamiento y legitimidad en el entramado institucional del Estado costarricense. Además, a propósito de la más significativa propuesta de reforma que propone el presente proyecto de ley, el presente criterio se aboca a analizar la inconveniencia en la implementación del mecanismo de elección que se desea introducir. Finalmente, se efectúa un análisis pormenorizado de la integralidad del proyecto a la luz de la legislación vigente.

La Defensoría

- Conformidad o inconformidad de la DHR

De manera preliminar se quiere dejar establecida la **inconformidad** que se tiene respecto del contenido del presente proyecto de ley que se encuentra en corriente legislativa, de manera específica en la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos. Bajo esa tesitura, esta Defensoría respetuosamente sugeriría a la comisión a cargo del análisis del presente proyecto, que sea dictaminado de manera negativa y en consecuencia archivado.

2. Competencia y mandato de la Defensoría de los Habitantes de la República.

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de las y los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (**Principios de París**) la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos. Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

Para el caso concreto, se justifica el ejercicio de esta función consultiva, que como se ha apuntado incluso posee un sustento convencional, en el hecho de que las posibles modificaciones que se realicen al marco normativo de la Defensoría de los Habitantes, tal y como es la propuesta que ofrece el proyecto de ley consultado, podrían tener una incidencia directa en la eficacia y eficiencia del órgano encargado de tutelar los Derechos Humanos en su función reconocida internacionalmente como Institución Nacional de Derechos Humanos, razón por la cual resulta del mayor interés institucional intentar ofrecer un panorama lo más amplio sobre las posibles repercusiones que podría tener la promulgación de una ley como la que se ha puesto al conocimiento de esta honorable comisión legislativa.

3. Antecedentes del proyecto de ley:

El proyecto de ley que se encuentra en corriente legislativa y ahora es consultado a esta Defensoría, en su exposición de motivos reconoce el papel que ha tenido la institución en el quehacer nacional a partir de su creación mediante la promulgación de la Ley N° 7319 del 17 de noviembre de 1992.

No obstante lo anterior, considera que precisamente a partir de la importancia que ha adquirido y posee la institución en el entramado institucional de Costa Rica, se torna necesario realizar un remozamiento de la Defensoría de los Habitantes de la República con el fin de mejorar y ampliar la independencia de este órgano de cara al ejercicio de sus competencias.

Para alcanzar ese propósito, señala la exposición de motivos del proyecto de ley, se propone la reforma integral del texto legislativo que resulta ser la base de existencia y atribución de competencias de la institución, siendo una de sus primeras novedades el cambio de nomenclatura o denominación de la institución, para lo cual pasaría a llamarse "Defensoría de las Personas". Cambio que tiene un fin inclusivo por motivos de género, dado que según argumentan, formalmente la denominación actual no resulta inclusiva para con el segmento poblacional representado por las mujeres.

Además, parte importante de la exposición de motivos se concentra en justificar un cambio en el modelo de elección del Defensor o Defensora de los Habitantes -o en caso de que los honorables diputados se decantaran por la aprobación del presente proyecto de ley, Defensor o Defensora de las Personas-, lo que según se argumenta, tiene como fin principal garantizar la independencia de la persona que eventualmente llegue a ocupar el cargo, abstrayendo la elección de intereses político partidarios que

puedan generarse en el seno de la Asamblea Legislativa, poder del Estado que detenta actualmente la competencia legalmente asignada para elegir al Defensor de los Habitantes. Elección que, se indica además, por no encontrarse constitucionalmente prescrita se deja a una mayoría simple del parlamento, lo que incrementa los riesgos de que las motivaciones en la designación de este importante funcionario público no se dé por las razones correctas.

De esta manera, el proyecto de ley sometido a consulta propone que la elección del "Defensor de las Personas" se realice de manera popular. Lo anterior, según se describe en la exposición de motivos, introduciendo una variante en el esquema actual de manera tal que el Defensor o Defensora de las Personas, el Subdefensor o Subdefensora de las Personas –denominación que reemplaza al actual Defensor o Defensora Adjunta-, así como un Subdefensor o Subdefensora suplente –nueva figura que pretende introducir el proyecto- serían sometidos al escrutinio público mediante una única terna conformada por los aspirantes a dichos cargos y no como actualmente se encuentra diseñada la metodología, que una vez electo el Defensor o Defensora de los Habitantes, éste propone a la Asamblea Legislativa tres postulantes al cargo de Adjunto y sobre los cuales el Parlamento debe ceñir su decisión.

Estas ternas, no obstante, son sometidas de previo al proceso de elección popular a un procedimiento ante la Asamblea Legislativa, donde el parlamento elige cinco de todas las ternas postulantes, mismas que son remitidas al Tribunal Supremo de Elecciones para que el mismo lleve a cabo el proceso de elección junto con la convocatoria a elecciones municipales.

Bajo esa inteligencia, exponen los proponentes del proyecto de ley, el Estado costarricense estaría introduciendo una novedad a nivel mundial en el sistema de elección de la figura del Ombudsman que lo colocaría a la vanguardia en la tutela de los Derechos Humanos mediante el establecimiento de una forma, según argumentan, más democrática que acerca la figura a las y los habitantes.

Concluyen afirmando que además de esta novedosa forma de elección, el proyecto se propone fortalecer las competencias, aumentar las herramientas, así como mejorar y ampliar el marco de acción institucional –sin especificar, al menos dentro de la exposición de motivos, a que competencias, herramientas y marco institucional se refiere-, de manera que la eventual Defensoría de las Personas logre renovar la labor efectuada hasta la fecha por la Defensoría de los Habitantes en la promoción y protección de los Derechos Humanos de las y los habitantes, así como el control objetivo de legalidad sobre las actuaciones del Sector Público.

4. Contenidos del Proyecto de Ley:

Tal y como anuncia la exposición de motivos, el proyecto de ley tiene como fin la reforma integral de la actual Ley N° 7319 del 17 de noviembre de 1992, Ley de la Defensoría de los Habitantes.

De esa manera y en un intento de resumir el contenido del proyecto, siendo que será más adelante que se entren a analizar en detalle las propuestas normativas en concreto, el mismo inicia con un primer título, compuesto de un capítulo único que se denomina "Naturaleza Jurídica" y donde de manera general se enuncia la atribución general que detentará el órgano, su independencia, así como lo que se denomina competencia y donde se especifica lo que refiere a la competencia territorial que tendría el órgano.

El título segundo denominado "organización y elección" se compone de tres capítulos destinados a regular todo lo relativo a la integración, requisitos, incompatibilidades y proceso de elección de los jerarcas institucionales –capítulo primero denominado: "Representación y elección"; los motivos y el proceso de cesación eventual en el nombramiento de los jerarcas –capítulo segundo denominado: "Cesación"; el capítulo tercero denominado "funciones del subdefensor o subdefensora" se aboca a

especificar las regulaciones relativas al desempeño de este funcionario, a introducir una regulación relativa a la organización interna que debería poseer el órgano denominado en adelante, Defensoría de las Personas, así como una disposición que tiene como aspiración regular el régimen de servicio que aplicaría a las y los funcionarios que presten sus servicios por cuenta y nombre de la institución.

La normativa propuesta en el proyecto de ley expone un título tercero denominado "Funcionamiento", compuesto de la misma manera de capítulos. El primero de ellos tiene como fin regular todo lo relativo a la competencia de la Defensoría de las Personas, estableciéndose el ámbito de competencia del órgano, el carácter de la intervención institucional, así como una serie de apoderamientos que tendrá el órgano para llevar a cabo su cometido. El capítulo segundo efectúa una propuesta normativa que vendría a regular el procedimiento especializado que la Defensoría de las Personas tendría dispuesto legalmente para efectuar las distintas intervenciones que conforme a su marco competencial le corresponderían.

Posteriormente, se introduce un título cuarto, compuesto de un único capítulo denominado "Régimen Disciplinario" que encuentra relación directa con las consecuencias que derivarían para las y los funcionarios públicos sometidos al control de la Defensoría de las Personas y ante diversos supuestos que supongan un entorpecimiento del ejercicio de las competencias propias de este órgano de control.

De la misma manera, el título quinto efectúa una serie de propuestas orientadas a regular lo relativo al régimen económico del órgano –en un capítulo único denominado precisamente "Régimen Económico"- o más propiamente, su impacto y forma de operar a nivel presupuestario.

Finalmente, el título sexto contiene lo que serían las disposiciones finales, donde se incluye la delegación en la reglamentación de la eventual legislación en el propio jerarca que pudiera estar fungiendo al momento de su emisión, la derogación de la actual Ley N° 7319 del 17 de noviembre de 1992, así como la entrada en vigencia de esta propuesta, junto con la forma en que se realizaría la primera elección del Defensor de las Personas y sus dos "subjercarcas" ante la introducción del nuevo mecanismo de elección que se propone en el presente proyecto.

5. Normas jurídicas vigentes:

Actualmente, tal y como se ha venido mencionando, la regulación legal vigente resulta ser la Ley N° 7319 del 17 de noviembre de 1992, denominada Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República.

6. Análisis del contenido del proyecto:

Esta Defensoría de los Habitantes reiterando la inconformidad que presenta con el proyecto de ley que es sometido a consulta, desea aprovechar este acápite para sustentar su posición esbozando los razonamientos que por el fondo le llevan a concluir la inconveniencia del mismo.

Para tal fin, se ha estimado oportuno efectuar una serie de consideraciones de carácter general, para posteriormente desarrollar un análisis pormenorizado de las propuestas normativas que conforman lo que sería la reforma integral a la actual legislación que regula la naturaleza, competencias y funciones que posee el ombudsman inserto en el ordenamiento jurídico costarricense; de ahí precisamente la relevancia y seriedad con que debe abordarse la presente propuesta. Conforme con lo dicho, se procede en los siguientes términos:

a. Observaciones de carácter general.

a.1. Importancia de sopesar la preponderancia de la constitucionalización de la Defensoría de los Habitantes como Institución Nacional de Derechos Humanos en el marco de un proceso de fortalecimiento de la institución.

Resulta esencial manifestar en primera instancia y de manera respetuosa a las y los diputados, a efectos de que tengan en cuenta a la hora de realizar el proceso de reflexión con miras a dictaminar el presente proyecto de ley –en el seno de la comisión a la que se dirige el presente criterio- y eventualmente, a todo el plenario en caso de que llegara a esa altura del procedimiento legislativo, que Costa Rica resulta ser el único país latinoamericano que aún no inserta la figura del Ombudsman –a través de las distintas nomenclaturas que adopta a la hora de insertarse en las legislaciones nacionales- en su Constitución Política¹.

Esta omisión del Estado costarricense desconoce las recomendaciones de organismos internacionales especializados en Derechos Humanos que apuntan la inserción en los textos constitucionales de la figura del Ombudsman. En ese sentido, dentro de las observaciones efectuadas en su momento por el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (CIC)² se señala lo siguiente:

"De acuerdo con el artículo A.2. de los Principios de París: "La institución nacional tendrá el mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia."

El Subcomité reconoce que las instituciones nacionales se crean en diferentes circunstancias socioeconómicas y sistemas políticos, lo cual a su vez puede condicionar la manera en que se establecen formalmente. Sin embargo, los Principios de París son claros en cuanto al requisito de que las instituciones nacionales, independientemente del sistema constitucional y legal en que operen, se plasmen formalmente en la ley y de esta manera se distingan de un ente estatal, una organización no gubernamental o un organismo ad hoc. Asimismo, es necesario que el texto constitucional o legislativo establezca el mandato de la institución nacional, así como la composición de su órgano de dirección. Esto requiere necesariamente la inclusión de disposiciones completas sobre los mecanismos de designación y los términos y las condiciones del mandato, las facultades, el financiamiento y las líneas de responsabilidad de la institución.

¹ Al efecto, ha señalado la doctrina: "El caso de Costa Rica es uno de los pocos en la región latinoamericana en que el ombudsman ha sido creado por ley del Congreso y **el único donde esta institución continúa sin rango constitucional.**" La negrita no corresponde al original). González Volio (Lorena) Los Ombudsman en América Latina y su incidencia política. Así consultado en la dirección electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24580.pdf>

² El CIC es consecuencia de la Conferencia Internacional llevada a cabo en Túnez en 1993 por parte de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, que cumplen con los principios relativos a la condición de instituciones nacionales establecidos por los conocidos como Principios de París, adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la resolución 1992/54 de 1992 y ratificada por la Asamblea General a través de la Resolución 48/134 de 1993 y que abordan el tema de las instituciones nacionales de Derechos Humanos en el marco del sistema representado por las Naciones Unidas como mecanismo internacional de protección.

El Subcomité considera que esta disposición es de vital importancia para garantizar tanto la permanencia como la independencia de la institución.³

Como puede apreciarse, desde las instancias internacionales se sopesa el valor que posee la creación de una institución nacional de derechos humanos como es la Defensoría de los Habitantes vía legal o constitucional, para lo cual deben ponderarse los distintos contextos socioeconómicos, así como los sistemas políticos en los países donde se piense implementar la figura. Frente a tal recomendación, lejos de pensar que se cumple con el estándar internacional al contar con la creación vía legal de la figura –y que ahora se pretende reformar-, debe retomarse el hecho de que únicamente Costa Rica no ha implementado la figura desde el texto constitucional en toda Latinoamérica.

Ahora bien, el hecho de contar con dicha condición podría no ser relevante en caso de que se cumplieran con los resguardos necesarios que garantizaran cabalmente el papel que está llamada a desempeñar la institución en el quehacer de un determinado Estado y particularmente del Estado costarricense. Sin embargo, tomando en cuenta la volatilidad que en ocasiones caracteriza el quehacer legislativo, la seguridad y permanencia de un modelo de Ombudsman previsto en el texto constitucional le blinda frente a la posibilidad de eventuales reformas acuerpadas por mayorías parlamentarias pasajeras que tengan como fin debilitar las atribuciones que detenta la institución frente al poder público⁴, así como uno de los principios consustanciales a la figura y en general a las instituciones nacionales de derechos humanos, como es la independencia para llevar a cabo sus funciones.

Esa independencia resguardada en el texto constitucional se refleja a través del establecimiento de mayorías calificadas en la elección de la cabeza de la institución, inmunidad con ocasión del ejercicio de la función, independencia frente a los poderes de la república y en general, frente a cualquier centro de poder público, así como independencia orgánica con el fin de dotarla de la posibilidad de generar una estructura de manera autónoma que le permita modelar sin la injerencia del legislador, la forma en que preste su servicio de protección de los derechos humanos de las y los habitantes, así como el control objetivo sobre las actuaciones de la Administración Pública.

En suma, no resulta trivial ni antojadiza la necesidad de constitucionalizar la figura del Ombudsman en Costa Rica, sino que se encuentra conforme con el pilar legitimante de su accionar en el marco de un Estado de Derecho, por supuesto democrático, como es la independencia que se demanda de esta institución y que debe oponerse desde todos y cada uno de los posibles centros de poder que pudieran ejercer presión sobre el correcto ejercicio de su función.

³ Así en la dirección electrónica:

<http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/ICCAccreditation/Documents/SCA%20GENERAL%20OBSERVATIONS%20SPANISH.pdf>

⁴ La doctrina refiere a este potencial peligro de ausencia de una base constitucional en los siguientes términos: *"Las INDH que cuentan únicamente con una base legislativa satisfacen también los Principios de París. No obstante, podría recurrirse a la utilización de procedimientos legislativos para debilitar una institución con mayor facilidad que si hubiera gozado de una protección constitucional."* Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instituciones nacionales de derechos humanos. Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades. Serie de Capacitación Profesional N° 4 (Rev.1) Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2010.

Ahora bien, todo lo dicho hasta este momento respecto de la necesidad e importancia de la constitucionalización de la Defensoría de los Habitantes tiene como propósito evidenciar que en el marco de una estructuración de la institución en el Estado costarricense, esta reforma a la Constitución Política debería valorarse como la primera y más importante acción orientada al fortalecimiento de la institución, siendo que si los proponentes del proyecto bajo análisis poseen de hecho esa misma aspiración, lo ideal sería unir esfuerzos institucionales y particularmente legislativos hacia ese primer paso en el remozamiento del Ombudsman dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

En ese mismo sentido, cualquier esfuerzo previo o dirigido hacia otro fin como podría ser una reforma integral a nivel legal de la institución, en criterio de esta Defensoría, estaría soslayando la reforma más importante y de mayor urgencia actualmente para garantizar el buen desempeño de la Defensoría de los Habitantes, como es su constitucionalización y que en todo caso, de prosperar una posible reforma integral a la legislación que actualmente regula su funcionamiento –como es el propósito de la propuesta legislativa consultada-, frente a la siempre imperiosa necesidad de incluir la institución dentro de la Carta Magna, se estaría arrojando una normativa que eventualmente encontraría contradicciones e inconsistencias con un futuro texto constitucional al cual debería supeditarse, lo que a todos luces resultaría en un despropósito.

a.2. Inconveniencia en el establecimiento de un modelo de elección del Ombudsman mediante voto popular.

Por ser la mayor novedad que dice presentar el proyecto de ley bajo consulta, resulta conveniente esbozar algunas consideraciones generales relativas al modelo de elección propuesto y confrontarlo con los estándares ideales que organismos especializados han considerado en aras de garantizar la prevalencia de un principio que siempre será de la mayor relevancia en las instituciones nacionales de derechos humanos, como resulta ser la independencia.

De esa manera, tal y como se pudo observar en la exposición de motivos, el proyecto de ley de manera resumida, propone un modelo de elección popular de la figura del Ombudsman integrado por una terna compuesta por el titular, un sub-defensor o sub-defensora y un suplente a este puesto a incluir dentro del período de elecciones municipales. Previo a ello, el modelo propone un procedimiento en el seno de la Asamblea Legislativa donde se elegirían cinco ternas que serían las sometidas a elección popular. Todo lo anterior, según exponen los proponentes, dotaría de un alto nivel de legitimidad a la persona que resultara electa, insuflaría un alto nivel de democracia en el procedimiento y devolvería a las y los ciudadanos la figura del Ombudsman alejándolo de los avatares partidarios que en muchas ocasiones se gestan en el seno de la Asamblea Legislativa.

Respecto a lo anterior, si bien es cierto esta Defensoría reconoce que las motivaciones que llevan a generar la propuesta legislativa resultan sumamente loables, se estima que deben tenerse en consideración algunos elementos o factores que llevan a esta institución a no considerar conveniente introducir este modelo de elección popular del Defensor de los Habitantes.

En ese sentido, debe tenerse presente que en todos los textos especializados se reconoce la importancia y preponderancia que debe darse a la solvencia moral y al alto nivel de especialización en materia de Derechos Humanos que debe poseer la figura del Ombudsman que se elija.

Asimismo, más allá de una elección popular que vincule a toda la población con aptitud legal para ejercer el derecho al voto, órganos especializados en la materia refieren la conveniencia de que en la elección de la figura exista una participación o consulta a los distintos sectores con conocimiento o participación en la materia, de forma tal que se cumpla la exigencia de que la persona que resulte electa conozca a profundidad la temática de la que se va a ocupar, así como que se respete e incluya un alto nivel de pluralismo en su elección, ya que precisamente un punto clave que debe ejercer la figura del Ombudsman en sus funciones, es la tutela de los derechos humanos de la manera más amplia y teniendo en cuenta los más diversos criterios existentes en una sociedad abierta y que respete la dignidad intrínseca que tiene todo ser humano. Es así como se traduce una de las recomendaciones del mencionado CIC con sustento en el principio B.1 de los Principios de París⁵ en los siguientes términos:

"El Subcomité interpreta que la referencia a un proceso electivo o similar, junto con la referencia a una amplia participación, alude a un proceso de selección y designación claro, transparente, participativo y basado en el mérito.

Tal proceso es fundamental para asegurar la independencia y la eficacia de la institución nacional y la confianza pública en ella.

Por esta razón, es importante que el proceso de selección esté caracterizado por la apertura y la transparencia. Esto es, debe estar bajo el control de un órgano independiente y creíble e involucrar una consulta abierta y justa a las ONG y a la sociedad civil. Esto no sólo contribuye a desarrollar una buena relación con estos órganos: la consideración de los conocimientos especializados y la experiencia de las ONG y de la sociedad civil probablemente confiera a la institución nacional una mayor legitimidad pública.

La difusión pública de las vacantes maximiza el número de candidatos posibles y promueve el pluralismo.

La promoción de una amplia consulta y la participación en el proceso de solicitud, investigación, selección y designación promueve la transparencia, el pluralismo y la confianza pública en el proceso, en los candidatos seleccionados y en la institución nacional.

La evaluación de los candidatos en base a criterios predeterminados, objetivos y de dominio público, promueve la designación de individuos basada en el mérito, limita toda interferencia indebida en el proceso de selección y contribuye a asegurar la gestión y la eficacia de la institución nacional.

La selección de miembros para que presten servicios con su propia capacidad individual y no en nombre de organización a la que representan probablemente dé lugar a un órgano de acreditación independiente y profesional.

⁵ ***"B) Composición y garantías de independencia y pluralismo***

1. La composición de la institución nacional y el nombramiento de sus miembros, por vía de elección o de otro modo, deberán ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales (de la sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos, en particular mediante facultades que permitan lograr la cooperación eficaz o la participación de los representantes de:

a) Las organizaciones no gubernamentales competentes en la esfera de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación racial, los sindicatos, las organizaciones socioprofesionales interesadas, en particular juristas, médicos, periodistas y personalidades científicas;

b) Las corrientes de pensamiento filosófico y religioso;

c) Los universitarios y especialistas calificados;

d) El parlamento;

e) Las administraciones (de incluirse, sus representantes sólo participarán en los debates a título consultivo)."

Se recomienda que el proceso de selección y designación, con las características anteriormente descritas, se formalice en la legislación, reglamentación o directrices administrativas vinculantes pertinentes, según corresponda.⁶

Como puede observarse de la recomendación que se efectúa por parte de este importante organismo internacional especializado, más que una elección popular que abarque al electorado, propugna por un modelo que de la misma manera incluye la variante de participación popular y el principio democrático, pero centrándose en la especialidad de la materia y en la generación de un consenso –base de todo Estado democrático- que no sólo se alcanza mediante una elección popular, sino en una buena cantidad de ocasiones, mediante la interacción entre los distintos sectores involucrados en una temática específica.

Lo anterior se apunta en virtud de que la materia de los Derechos Humanos en no pocas ocasiones enfrenta a la generalidad del conglomerado social o la polariza –casos representativos recientes en la sociedad costarricense son la fecundación in vitro, el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo, entre otros-, siendo que si se pusiera a decidir sobre un tema en concreto de Derechos Humanos a toda la población mediante elección popular, supondría poner a decidir a todo el electorado en relación con el ejercicio y justiciabilidad de los derechos de una población determinada, lo que a todas luces no resultaría procedente ni conforme con el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Bajo esa inteligencia, someter a elección popular el cargo de Defensor de los Habitantes podría suponer que el electorado vote a un candidato según sus posiciones respecto de ciertos derechos o temas relacionados con Derechos Humanos aún no totalmente aceptados por una mayoría de la población o sector particularmente contrario a los mismos, lo que llevaría a la potencial posibilidad de que se elija a una persona que precisamente se vea comprometida con el electorado que le eligió a no defender ciertos derechos de ciertas poblaciones, lo que supondría un despropósito en materia de exigibilidad y justiciabilidad de los Derechos Humanos a propósito del principio de universalidad que rige en esta materia.

Con base en lo anterior, se estima que el mecanismo de elección popular propuesto en el proyecto tiene importantes y trascendentales inconvenientes de fondo que hacen que no sea ni por asomo la mejor opción a la hora de intentar fortalecer la Defensoría de los Habitantes y por el contrario, la ubicaría ante potenciales peligros que pondrían en entredicho la consecución de sus fines, fijados tanto en la legislación nacional como en el Derecho Internacional.

Además, debe tenerse en cuenta que el cometido de abstracción de intereses partidarios que el proyecto aspiraría a alcanzar con la elección popular del Defensor o Defensora de los Habitantes, deviene en sumamente falaz si se toma en cuenta que se introduce en el marco de una elección municipal donde evidentemente siempre existe una efervescencia partidaria nacional y no solo local, ostensible.

⁶ Observaciones Generales del Subcomité de Acreditación, Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos. Así en la dirección electrónica: <http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/ICCAccreditation/Documents/SCA%20GENERAL%20OBSERVATIONS%20SPANISH.pdf>

Finalmente y por resultar directamente relacionado con el tema de la elección popular del Ombudsman propuesto en el presente proyecto de ley, la causal de cesación del nombramiento del titular electo por medio de plebiscito revocatorio presenta el mismo inconveniente de origen que posee la elección popular. Lo anterior, en virtud de que se someterían al escrutinio público eventuales decisiones efectuadas por este funcionario especializado en la tutela de los Derechos Fundamentales que podrían no ser populares para una mayoría de la población, pero que suponen una defensa técnica sustentada de temas que atañen a minorías poblacionales, o como consecuencia de un ejercicio del control objetivo de la legalidad de las actuaciones del Sector Público que supongan que sus representantes, por excelencia provenientes de estructuras partidarias, movilicen al electorado hacia la generación de este mecanismo del plebiscito revocatorio por motivaciones ilegítimas.

Sin más y a manera de conclusión, esta Defensoría estima que el mecanismo de elección del Defensor o Defensora de los Habitantes planteado en el presente proyecto, lejos de alcanzar los cometidos que enuncia en su exposición de motivos, ubica a esta importante institución insertada en el ámbito latinoamericano con el firme propósito de generar defensa de los derechos de las personas frente al poder público, transparencia y control de los actuaciones del Sector Público, ante una potencial pérdida de independencia en el ejercicio de la función que le compete y ante una inminente pérdida de objetividad de cara al más amplio ejercicio de su más importante función y característica de lo que se ha denominado como el ombudsman criollo⁷, como es la tutela de los Derechos Humanos de todas las personas.

b. Observaciones concretas a las propuestas normativas que introduce el proyecto de ley consultado.

Efectuadas las consideraciones que atañen a los grandes temas que de una u otra manera expone o trae a cuenta el proyecto de ley objeto de consulta, se procede ahora a realizar señalizaciones concretas relativas a las proposiciones normativas que en razón de indicar que resulta ser una reforma integral, es menester analizar.

⁷ Frente a un modelo de Ombudsman escandinavo más orientado al control objetivo de las actuaciones del poder público, la figura al ser tropicalizada al ámbito latinoamericano y en un contexto al que Costa Rica podría ser uno de los pocos privilegiados que no enfrentaba un contexto convulso social y políticamente, se orientó más a la tutela específica de los Derechos Humanos frente a recientes violaciones masivas de éstos, lo que precisamente la caracteriza de manera particular. La doctrina, con tino afirma: *"El creciente éxito y el desarrollo acelerado que está alcanzando la institución del ombudsman en América Latina obedece a varias razones. Debe destacarse, en primer lugar, que los países latinoamericanos en la década de los ochenta, después de años de dictadura, retornaron a la democracia. En la mayoría de ellos se celebraron elecciones, se votaron nuevas constituciones, en otros se reformaron. Existió y existe la preocupación de consolidar una auténtica democracia, para evitar el fantasma de la vuelta a las dictaduras, las violaciones masivas de los derechos humanos, la pobreza y marginalidad de grandes sectores de la población.*

Para lograr este esfuerzo se introduce la figura del ombudsman, como una garantía de que ese proceso hacia la democracia se consolidara, y se toma como modelo al Defensor del Pueblo de España, como figura también nacida del proceso de transición democrática que ese país vivió a finales de la década de los setenta. Pero este ombudsman latinoamericano tiene que aceptar retos específicos de la realidad en que deberá desarrollar sus funciones. Es un proceso similar al del mestizaje, los europeos traen su cultura pero esta se funde con la de los indígenas, habitantes de estos países, y surge así una figura con características propias, que el ombudsman mexicano Jorge Madrazo, ha llamado con el nombre de "ombudsman criollo". Valladares Lanza (Leo). El Ombudsman Latinoamericano. Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio/Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II.- San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. p. 1487.

Puede iniciarse con el tema del cambio de nombre de "Defensoría de los Habitantes de la República" por "Defensoría de las Personas de la República" que si bien es cierto que en el plano formal solventaría una falta de inclusividad por razón de género en la actual denominación que le asigna la ley vigente a la institución, lo cierto del caso es que debe sopesarse que dado el tiempo de creación de la institución y precisamente por la legitimidad que ha alcanzado en el colectivo social costarricense, merezca la pena conservar el nombre que posee actualmente y en lugar de cambiar la totalidad del nombre, lo que podría ser más conveniente para que la institución no pierda esa identidad, realizar una reforma en el sentido de incluir dentro de la nomenclatura actual "Defensoría de los y las Habitantes de la República".

En lo que atañe al **primer artículo** debe señalarse que no se introduce reforma sustancial alguna que agregue o elimine algo al marco actual de atribución general que detenta el órgano defensor o que pueda desprenderse de las atribuciones que por su naturaleza le corresponden, razón por la cual respetuosamente sería oportuno que las y los señores diputados reflexionen sobre la oportunidad de reforma.

El artículo 2 de la propuesta normativa pese a que mantiene el título que posee la legislación vigente, presenta una variante en cuanto a su redacción en el tanto la redacción actual propugna la adscripción que posee la Defensoría de los Habitantes al Poder Legislativo⁸, estableciendo inmediatamente la independencia funcional, administrativa y de criterio, para después prescribir lo relativo al informe anual que debe rendir la cabeza de la institución al Poder Legislativo en lo que constituye, antes que una relación de subordinación con algún significado jurídico, más bien el establecimiento de una relación de rendición de cuentas entre órganos públicos que en el caso específico, debería suponer un aprovechamiento de la información que genera la Defensoría de los Habitantes para alimentar la labor legislativa en sus fases de producción normativa como de control de la Administración Activa. Es decir, se esboza a nivel general el marco de independencia que delimita y resulta el ámbito de actuación necesario que debe tener la institución para garantizar la legitimidad en el ejercicio de las funciones que le son atribuidas.

Ahora bien, la normativa propuesta, reiterando la adscripción al Poder Legislativo, propone que de manera expresa se enuncie que el órgano cuenta con personería jurídica instrumental, lo que según el órgano superior consultivo de la Administración tiene un matiz eminentemente presupuestario⁹, siendo

⁸ Sobre el concepto de "adscrito" que se usa en la normativa costarricense para designar la relación de la Defensoría de los Habitantes respecto al Poder Legislativo, la Procuraduría General de la República se ha encargado de delimitar el contenido del mismo en los siguientes términos: "Según el artículo 2º de su Ley de creación es un órgano que está "adscrito" al Poder Legislativo. Como esta Procuraduría ha tenido oportunidad de señalar en reiteradas ocasiones a partir del dictamen N. 055-87 de 10 de marzo de 1987, el término "adscrito" carece de significado jurídico propio. Su utilización ha estado marcada por la necesidad de establecer una relación estrecha de un organismo público, ente u órgano, con el Poder Ejecutivo. No obstante que desde el punto de vista estrictamente jurídico no puede considerarse que "el carácter de adscrito" atribuya una mayor o menor libertad de acción al organismo al que se le aplique, sí puede señalarse que en relación con órganos, ese "carácter" señala una pertenencia: puede, así, afirmarse que el órgano "adscrito" es un órgano del sujeto al cual se adscribe. Lo cual es importante a fin de determinar a qué órgano corresponden las competencias no desconcentradas en el "adscrito". **Procuraduría General de la República**, Dictamen N° C-202-96 del 16 de diciembre de 1996.

⁹ Así, del pronunciamiento n.º C-171-96 de 18 de octubre de 1996, se destacan las siguientes consideraciones: "...la personalidad jurídica tiene como objeto atribuir al organismo autonomía presupuestaria y, por ende, la capacidad de gestionar determinados fondos en forma independiente del presupuesto central, para flexibilizar la gestión de determinados recursos públicos. Aspecto que la doctrina conoce como "personificación presupuestaria". El carácter limitado de esa personalidad justifica la integración del órgano a otra Administración y el carácter limitado de sus

cuestionada la idoneidad de la figura y su utilización desde una perspectiva constitucional, directamente relacionada con la desconcentración y descentralización de competencias del Poder Ejecutivo, siendo que supuesto distinto supone la figura del Ombudsman inserto o adscrito al Poder legislativo, donde no se ejerce Administración Activa ni está frente al dilema típico del Poder Ejecutivo sobre cómo organizar las funciones administrativas de ejecución consustanciales a él mediante distintas figuras que equilibren las necesidades de especialización frente a una necesaria armonía y coordinación del accionar público y bajo ninguna circunstancia se podrían usurpar competencias constitucionalmente otorgadas al primer poder de la República.

Si bien es cierto debe reconocerse que la introducción de la figura de la personería jurídica instrumental tiene como principal intención garantizar la independencia absoluta de la figura del Ombudsman o Institución Nacional de Derechos Humanos en el ejercicio de su función de manera que no puedan ejercerse presiones o debilitamientos en su accionar desde la arista presupuestaria,¹⁰ lo cierto del caso es que la figura, si se toma en cuenta el criterio de la Procuraduría General de la República respecto a su cuestionada idoneidad, así como el criterio oscilante que ha tenido la Sala Constitucional al respecto, se estima que si el propósito es modular el mejor diseño para una institución contralora de las actuaciones del Sector Público que debe servir de modelo de la mejor disposición de lo público, resulta inconveniente utilizar esta figura.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que en el tanto esta Defensoría se decanta y da preponderancia a la constitucionalización de la institución como la forma adecuada de fortalecerla en la estructura del Estado costarricense, se estima que con la introducción de la institución en el texto constitucional y las mayorías calificadas que se requieren para introducir una reforma a la misma, se estaría brindando una nueva categorización a la misma, de manera que se garantice su personificación presupuestaria y autonomía presupuestaria conforme a los parámetros que detenta el ordenamiento jurídico costarricense.

poderes en torno a los fines asignados. El ámbito de acción es la gestión financiera autónoma que le permite "realizar directamente los contratos que requiera para el cumplimiento de sus fines". Así: "El desmembramiento de la Administración Central no se justifica exclusivamente en criterios técnicos sino en el interés de que ciertos fondos escapen a la aplicación de las normas y principios relativos a la aprobación, ejecución y control del presupuesto del Estado, permitiendo entonces, una ejecución autónoma." **Procuraduría General de la República**, Opinión Jurídica N° OJ-108-2008 del 20 de octubre de 2008.

¹⁰ Debe insistirse en la relevancia que tiene la independencia que debe garantizarse a la Institución Nacional de Derechos Humanos para verse ajena a intromisiones de los poderes constituidos, así como a intereses particulares que minen la legitimidad que únicamente se alcanza a través de la absoluta independencia que ostente y que en el plano presupuestario incluye elementos que van desde la selección de personal de manera autónoma hasta la determinación propia de las necesidades que tiene para llevar a cabo sus cometidos y la forma de disponer de las mismas para su consecución. La doctrina insiste en este punto en los siguientes términos: *"El estudio de fuentes primarias que le ha dado sustento al presente trabajo, por ejemplo, permite corroborar que los Estados de la región iberoamericana han establecido la capacidad del Ombudsman para conformar ese equipo de manera autónoma, lo que garantiza que quienes laboran en la Defensoría del Pueblo obedezcan única y exclusivamente a las directrices de supervisión propias de la institución"*

Este ideal solo se alcanza si a la institución del Ombudsman se le asigna un presupuesto suficiente en relación con las funciones que le han sido asignadas. En este sentido, es oportuno comprender que la cantidad del presupuesto debe corresponder a la dimensión de la institución defensorial que, a su vez, es directamente proporcional a las necesidades sociales y a las funciones que le hayan sido asignadas" Defensoría del Pueblo de Colombia. Federación Iberoamericana del Ombudsman. El Ombudsman. Una reflexión sobre lo público y el papel del Defensor del Pueblo en la protección de la democracia y del interés general en un entorno complejo dinámico. Así en la dirección electrónica: <http://www.portalfio.org/biblioteca/publicaciones-2/>

Posterior a esta propuesta normativa, el proyecto titula el **artículo tercero** como “competencia”, siendo que lo que enuncia es lo relativo a lo que vendría a ser de manera concreta la competencia territorial del órgano –en Derecho existen otros criterios que delimitan la competencia legalmente atribuida a un órgano u ente estatal- extendida a todo el territorio nacional, siendo que una cuestión elemental que deriva del mismo hecho de que la eficacia de las normas que emite la Asamblea Legislativa de Costa Rica únicamente surten efectos jurídicos dentro del territorio costarricense, una disposición específica sobre competencia territorial tiene sentido únicamente en el tanto y en el cuanto haga una distribución entre distintos entes u órganos dentro del mismo, porque si no lo hace, en sentido contrario deberá entenderse que el carácter de la institución estatal lo es para todo el territorio. Sin más, la disposición es a todas luces superflua y no genera mayor innovación o efectos jurídicos relevantes.

Ahora bien, lo que refiere a los **artículos 4 y 5**, ubicados en el capítulo primero del título segundo, denominado “*Representación y Elección*” establecen la integración de la Defensoría de los Habitantes por parte del Defensor, un Subdefensor y un subdefensor suplente que ocuparía únicamente el cargo de subdefensor, no así el de Defensor –según se desprende del texto de la propuesta- ante la ausencia definitiva de éste, sin que sea posible que asumiera el cargo de Defensor bajo ningún supuesto, lo que cobra sentido si la aspiración de la propuesta es garantizar siempre la permanencia de al menos dos jerarcas.

No obstante, ante la ausencia de los dos primeros, la existencia de un suplente tendría también la utilidad de garantizar la continuidad de las funciones a cargo del órgano, sin que se aproveche esta circunstancia dentro de la propuesta normativa, dado que de hecho en el artículo 5 se vuelve a reiterar la restricción que tiene este funcionario suplente de cubrir únicamente al subdefensor y no así al máximo jerarca institucional.

De la misma manera, el subdefensor suplente, de acuerdo al texto de la propuesta, únicamente podría ejercer su función ante las ausencias definitivas del subdefensor, no así las temporales, lo que en consecuencia descarta la posible aspiración de los proponentes en tutelar siempre la permanencia de los dos máximos funcionarios institucionales, siendo que pensando en ausencias temporales de una duración considerable por diversos motivos por parte del subdefensor, se estaría perdiendo la posibilidad de contar las dos plazas ocupadas y en pleno ejercicio de funciones.

Sin más, esta Defensoría considera que la inclusión de esta metodología de terna compuesta por el jerarca, un adjunto y un suplente del adjunto debería ser reflexionada a profundidad por las y los señores diputados en aras de establecer su verdadera funcionalidad, o si por el contrario conviene mantener la estructura actual de la jerarquía institucional, que cuenta además con una modulación normativa mucho más sencilla y menos enrevesada que la propuesta en el proyecto y que frente a posibles críticas respecto a su parquedad o la no previsión de posibles supuestos de ausencia de los titulares que en no pocas ocasiones ha generado situaciones de acefalia institucional, se puede anteponer el hecho de que frente a las mismas se genera un mecanismo natural de presión parlamentaria para colmar una ausencia institucional en el entramado del Estado costarricense.

Esta misma crítica debe realizarse al último párrafo del artículo 5 que establece que ante la imposibilidad de los tres miembros de la terna electa de Defensores, el Tribunal Supremo de Elecciones acreditaría a la terna que hubiere obtenido el segundo puesto de acuerdo al número de votos recibidos en el proceso de elección previsto, siendo que si bien es cierto conforme al complejo y costoso mecanismo de elección

sería lo lógico proceder en este sentido, lo ideal ante el supuesto de ausencia definitiva o imposibilidad de ejercer sus funciones por parte de los tres jerarcas, lo ideal sería el nombramiento de nuevos jerarcas por todo el plazo legal correspondiente y no por espacios que por la temporalidad y emergencia en que fueron asumidos, suman en un letargo el ejercicio de las funciones que competen al órgano protector de Derechos Humanos, cayendo en un período sin fines y objetivos institucionales claros.

Finalmente, dentro del análisis de estos dos artículos, que de una u otra manera se complementan, se define en el artículo 5 que la representación institucional atañe al Defensor o Defensora, pudiendo delegarla en el Subdefensor o Subdefensora, lo cual no resulta ser completamente preciso, ya que una delegación completa de las mismas no sería conforme con las reglas de delegación establecidas en la Ley General de la Administración Pública, sino únicamente para actos o funciones concretas sin que pudiera darse el supuesto de un vaciamiento completo de las funciones a cargo del jerarca. Claro está, por otro lado, que la delegación es posible e incluso lógico y esperable en el marco de un ejercicio eficiente y eficaz de todo órgano u ente público, pero si las mismas ya se encuentran definidas y delimitadas en una ley marco como es la Ley General de la Administración Pública, deviene en ocioso hacer ese tipo de precisiones en una ley especial.

La única disposición que viene a solucionar un problema práctico, que empero no ha supuesto un problema jurídico u operativo considerable resulta ser la previsión que realiza la propuesta para que ante ausencias temporales del Defensor, el Subdefensor asuma de pleno derecho el ejercicio de las funciones de su superior.

Ahora bien, el artículo 6 de la propuesta normativa establece la inmunidad para la Defensora y subdefensora para los asuntos atinentes a su cargo. Al respecto, debe recordarse a las y los señores diputados que sobre el tema de inmunidades ya existen antecedentes jurisprudenciales del tribunal constitucional costarricense donde de manera expresa se señala que este tipo de prerrogativas, sólo es posible imponerlas cuando ostentan una base constitucional o convencional debidamente aprobada dentro del ordenamiento jurídico costarricense. De hecho, una disposición similar fue propuesta en su momento dentro del proyecto de ley de la Defensoría de los Habitantes hoy vigente, siendo que entonces la Sala Constitucional manifestó lo siguiente:

"VI.- En el artículo 8° se viola el principio constitucional de que las inmunidades por implicar excepciones a la aplicación igualitaria del ordenamiento jurídico común, sólo pueden ser las establecidas por la propia Constitución o por el derecho internacional aplicable en la República, pero nunca por ley a favor de funcionarios del orden interno".¹¹

Con base en lo anterior, la disposición propuesta contendría un vicio de inconstitucionalidad que debe ser debidamente ponderada por parte de las y los señores diputados.

El artículo 7 del proyecto consultado establece los requisitos que deben reunir los aspirantes a Defensor o Defensora, Subdefensor o subdefensora y subdefensor o subdefensora suplente. Respecto a los mismos y que merezcan algún comentario, debe mencionarse que en el inciso a) agrava la condición del costarricense en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos que establece actualmente la

¹¹ **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, Voto N° 502-91 de las 12:00 horas del 07 de marzo de 1991. En similar sentido, puede consultarse el voto N° 2234-91.

legislación vigente y propone exigir que el o la aspirante sea costarricense por nacimiento o con más de 10 años de residir en el país, así como con residencia continua en Costa Rica.

Sobre el particular, como ya se dijo, mencionar que aumenta las exigencias respecto al tema de nacionalidad sobre el cual valdría la pena revisar su razonabilidad y proporcionalidad, ya que el motivo para esta variación inicialmente no se encuentra expresada en la exposición de motivos, siendo que como se pudo ver con base en citas efectuadas anteriormente, la nota esencial en la definición del perfil de representante del Ombudsman suele ser su nivel de especialización en materia de Derechos Humanos.

Adicionalmente, otros elementos de importancia como podrían ser su conocimiento de la realidad nacional y solvencia moral precisamente compensarían la imposición que ahora se pretende incluir dentro de los requisitos, mismos que en buen principio podrían ser garantizados mediante otro tipo de mecanismos propios del proceso de elección y que a todas luces no podrían ser objetivamente revisados mediante el proceso de elección popular.

Bajo el mismo argumento de revisión de la razonabilidad y proporcionalidad en los requisitos que propone establecer para los aspirantes a jerarcas de la "Defensoría de las Personas", a esta Defensoría le resulta a todas luces desproporcionado e irracional el requisito de no ser miembro de una junta directiva en alguna persona jurídica activa. Se estima que el ordenamiento jurídico costarricense ya cuenta con herramientas normativas iuspublicistas, como por ejemplo de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, que establecen una serie de obligaciones sobre funcionarios públicos con el fin de evitar posibles actos de corrupción y el requisito impuesto en nada abona a dicha aspiración, sino que se convierte en una exigencia demasiado restrictiva sin ningún motivo aparente, razón por la cual esta Defensoría estima que la misma debería desecharse.

El artículo 8 denominado en el proyecto de ley como "Incompatibilidades" en sus dos primeros incisos no presenta mayor novedad con el actual artículo 9 denominado "Incompatibilidades y Prohibiciones".

De seguido establece cuatro supuestos de personas que tendrían prohibición absoluta de ser aspirantes a las jerarquías de la Defensoría de las personas, prohibiciones que deberían ponderar las y los señores diputados, de nuevo, en el marco de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad con el derecho convencionalmente protegido de aspirar a puestos de elección popular, en su vertiente de igual manera, de acceder a cargos públicos. Lo anterior, porque si bien es cierto se comprende la necesidad o sentir nacional existente en relación con el manejo que en ocasiones se ha dado en el seno de la Asamblea Legislativa a la hora de elegir altos puestos dentro de la estructura del Estado costarricense, que de hecho condujo a aprobar una reforma a la Ley de la Defensoría durante el año 2014¹², no podría llevar ello a limitar más allá de lo razonable el ejercicio de un derecho fundamental como el que se ha mencionado.

¹² Concretamente, mediante Ley N° 9267 del 19 de agosto de 2014 se reformó al artículo 4 de la Ley N° 7319 para prohibir de manera expresa la elección como Defensor o Defensora de los Habitantes a personas que se encontraran ejerciendo o hubieran ejercido el cargo de diputado o diputada durante el mismo período constitucional en el que se realiza el nombramiento.

Finalmente sobre este artículo, se establece la prohibición del Defensor o Defensora de ejercer profesiones liberales durante el ejercicio de su cargo, salvo cuando se efectúe en el marco de asuntos personales y familiares –hasta el tercer grado por afinidad o consanguinidad-, así como la prohibición de participar en actividades político partidarias.

Al respecto debe señalarse que estas prohibiciones se encuentran previstas en la legislación vigente, salvo por el hecho que la propuesta de reforma únicamente extiende a las y los funcionarios la prohibición de participación en actividades político partidistas, omitiendo hacer referencia expresa al tema de prohibición de ejercicio profesional para quienes ocupen puestos que correspondan a plazas de profesionales dentro de la estructura de la institución, así como la respectiva compensación económica que ordinariamente se ha previsto ante la restricción que se impone al ejercicio de una libertad como lo es el ejercicio profesional.

Lo anterior, por cuanto no se dijo nada sobre ello en la exposición de motivos, podría ponderarse como la firme intención de eliminar dicha prohibición, lo que tendría como consecuencia que en adelante las y los funcionarios profesionales de la Defensoría puedan ejercer liberalmente sus respectivas profesiones una vez acabada la jornada laboral con la institución, además de la lógica liquidación de ese extremo laboral hacia las y los funcionarios que los disfrutaron hasta la potencial aprobación del proyecto de ley como Ley de la República, a lo que debería contraponerse alguna suerte de disposición transitoria donde se prevea la forma de ejecutar dicho cambio normativo, incluidas previsiones presupuestarias. Adicionalmente, dicha omisión potencialmente puede causar serios inconvenientes de cara a garantizar la objetividad e imparcialidad en el desarrollo de sus funciones, motivación base para la existencia de los regímenes de prohibición y dedicación exclusiva en el Sector Público. Finalmente, podría pensarse que dicha omisión obedece a un olvido involuntario que merecería la pena ser revisado.

Los subsiguientes artículos 9, 10, 11, 12 y 13 que forman parte del capítulo primero del Título segundo bajo análisis de Representación y Elección, así como el capítulo Segundo referido a la Cesación –con los artículos 14 y 15 denominados “causas de cesación” y “vacante” establecen todo lo relativo al mecanismo de elección popular y cesación en el ejercicio del cargo bajo el cual se llevaría a cabo el proceso de designación de la figura del Ombudsman en el ordenamiento jurídico costarricense y que por haberse sustanciado dentro de las consideraciones generales la oposición abierta e inconveniencia que sobre el modelo propuesto estima esta Defensoría que se da, se omite volver sobre el tema.

No obstante, debe realizarse la salvedad que dentro del capítulo segundo traído a colación, se incluye una disposición normativa referida al informe anual que es deber del Defensor o Defensora presentar a la Asamblea Legislativa. Relativo al contenido de esta disposición, sí debe reconocerse que se introduce un desarrollo positivo del contenido mínimo –actualmente, por virtud de lo dispuesto en los artículos 2 y 15 se limita a imponer la obligación en la presentación del mismo y las fechas en que debe realizarse- que debe poseer este mecanismo de relación entre el parlamento y su órgano auxiliar –no subordinado-, lo que supone un intento de aprovechamiento de la labor de la Defensoría, desde la perspectiva de generadora de información sobre el quehacer estatal a partir del ejercicio de sus competencias, que tienda a coadyuvar en la mejora sustantiva de la labor parlamentaria a cargo de las y los legisladores, tanto desde un punto de vista de producción normativa, como de ejercicio de control político.

El capítulo tercero del título segundo bajo comentario se denomina "Subdefensor o Subdefensora", a pesar de que se incluyen otras temáticas que trascienden lo que podría entenderse que desarrollaría todo lo relativo a la figura del actual Defensor Adjunto o Subdefensor, figura que en todo caso, no presenta ningún tipo de innovación en el proyecto respecto de la regulación actual, más allá de su mecanismo de elección, que sin embargo, no posee relevancia en las labores sustantivas que éste tiene asignadas.

En ese sentido, debe indicarse que tanto en la legislación vigente como en la propuesta normativa se define a este funcionario o funcionaria como un colaborador directo del máximo jerarca, siendo que siempre dependerá de las labores que le sean asignadas por parte de éste, salvo que en el mismo texto de ley se señalaran de manera expresa las funciones concretas que le fueran fijadas, cosa que no efectúa el proyecto de ley objeto de consulta, careciendo de relevancia en consecuencia, que se incluya como una previsión legal para que el Defensor le defina las funciones que decida delegarle en el plazo de un mes después del inicio del ejercicio de sus funciones, pues en ejercicio de sus potestades jerárquicas – todas previstas en la Ley General de la Administración Pública, Libro Primero, Título Cuarto, Capítulos Primero y Segundo- podría modificarlas en cualquier momento hasta incluso llegar a dejar al subdefensor o Subdefensora con nulas o pocas funciones a realizar, o al menos de escasa relevancia institucional.

De tal suerte, sin con la disposición que en este sentido se incluye en el artículo 17 del proyecto, se pretende evitar la potencial ausencia de atribución de funciones al subdefensor o subdefensora por parte del máximo jerarca institucional por virtud de las vicisitudes que puedan generarse en la relación que el devenir depare entre ambos funcionarios, debe señalarse que la disposición no tendrá la virtud de alcanzar su cometido.

Ahora bien, la posible solución sería precisamente como se dijo, que en el texto legal se definan de manera específica las funciones que detentaría el Subdefensor o subdefensora; empero, ello podría llevar a atentar contra un principio básico de dirección y unidad de acción, así como una necesaria coordinación y armonía en las actuaciones de una institución bajo el mismo tipo de supuestos que se pretenden evitar con la anterior previsión. Lo mismo ocurriría ante la posible previsión de establecer más que un subdefensor general a cargo de las funciones que le sean asignadas por el jerarca, de subdefensores o subdefensoras a cargo de temas específicos, lo que en el mismo sentido minaría los principios que se han señalado y se estiman de vital trascendencia.

Bajo la anterior inteligencia, siempre dentro del análisis del artículo 17 debe indicarse que el mismo repite lo ya dispuesto en el artículo 4 del proyecto relativo a la mencionada naturaleza del subdefensor o subdefensora de ser el colaborador directo del máximo jerarca y encontrarse sujeto a las funciones por éste asignadas, dice el proyecto, además de las descritas en esa ley; que en realidad no es ninguna más allá de la sustitución durante las ausencias temporales o definitivas que en todo caso son parte de las lógicas y normales funciones en este tipo de funcionario. Es decir, esta disposición propuesta no ofrece ninguna novedad y se torna repetitiva de otras anteriores que el mismo proyecto incluye en sus enunciados normativos.

Lo mismo ocurre con la propuesta normativa establecida en el **artículo 19** que enuncia la jerarquía institucional que sustantiva y administrativamente ejerce el Defensor y el subdefensor durante sus ausencias, misma que ya de por sí deriva de lo dispuesto en los artículos 4 y 5 del proyecto y que en todo caso, conforme a las reglas que sobre estructura orgánica para los entes u órganos que componen la Administración Pública rigen en el país, se sobreentenderían. En suma, esta disposición resulta

innecesaria y no aporta absolutamente ninguna innovación o mejoramiento en el ejercicio de las competencias que actualmente competen a la Defensoría de los Habitantes o las que idealmente atañerían a una Institución Nacional de Derechos Humanos conforme con el Derecho Convencional.

Ahora bien, tal y como se comentó pese a no guardar una relación directa con lo que se podría entender regulaciones típicas del Defensor Adjunto o Subdefensor, como propone el proyecto, en este capítulo, de manera específica en el artículo 18 se plantea una disposición donde en buen principio se aborda el tema de los órganos especiales con los que debería contar necesariamente la institución, tema que la Ley General de la Administración Pública en su artículo 59¹³ –entre otras disposiciones- define como una posible competencia del mismo órgano u ente, salvo que la ley a través de la labor e inteligencia del legislador disponga la estructura organizacional que se desea dotar a la institución que se crea, o como en este caso, se reforma.

Ahora bien, este artículo 18 de la propuesta normativa que ofrece el presente proyecto, más que ofrecer una estructura organizacional dispone y enuncia una serie de poblaciones históricamente vulnerabilizadas que tendrán que tomarse en cuenta a la hora de que la Defensoría, precisamente en el ejercicio de la competencia consustancial a toda persona pública dispuesta en la Ley General de la Administración Pública, efectúe su organización. En atención a ello y en virtud de que conforme con el encargo hecho a la Defensoría de conformidad con el ordenamiento jurídico interno así como internacional, necesariamente debe incluir la protección a todas las personas con especial énfasis a este tipo de poblaciones, la disposición deviene superflua. Es decir, que finalmente la propuesta normativa carece de un contenido dispositivo que tutele la creación de órganos internos que velen por los derechos de las poblaciones en mención.

Finalmente, siempre dentro de este capítulo, se incluye una norma cuyo contenido es regular el régimen de servicio entre la Defensoría de los Habitantes y sus trabajadores y trabajadoras –que tal y como se comentó, no guarda relación alguna con la figura del Subdefensor-. Ahora bien, en relación con el contenido de la propuesta normativa, se estima que la norma refiere al menos en dos ocasiones a lo que “corresponde conforme al ordenamiento jurídico” para abordar el tema del régimen salarial y de incentivos económicos de sus funcionarias y funcionarios.

Sobre el particular y teniendo como referencia varios dictámenes de la Procuraduría General de la República¹⁴ donde se aborda la indeterminación legal actual que posee la Defensoría de los Habitantes respecto al régimen funcional al que se encuentran adscritos sus funcionarios y funcionarias ante la ausencia de una mención expresa en el texto legal que lo hubiera hecho, así como la idoneidad en que esos y otros temas relacionados se trataran de manera expresa y detallada en su ley especial en virtud de la independencia que ya vimos es deseable ostente éste órgano de control, entre éstos, el tema de la selección de personal, se estima que las remisiones a normativa de carácter general devienen en una

¹³ *Artículo 59.-*

1. *La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio.*
2. *La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia.*
3. *Las relaciones entre órganos podrán ser reguladas mediante reglamento autónomo, que estará también subordinado a cualquier ley futura.”*

¹⁴ Al efecto: **Procuraduría General de la República**, Dictamen N° C-202-96, del 16 de diciembre de 1996. Asimismo: Dictamen N° C-354-2001, de 20 de diciembre de 2001; Opinión Jurídica N° OJ-139-2004 del 02 de noviembre de 2004.

pésima técnica legislativa, ya que incluso ante una remisión a la normativa correspondiente, no se podría tener certeza de a cual corresponde, dada la dispersión normativa en materia de empleo público que impera en el país.

Con ello no se pretende sugerir la creación de un régimen de excepción para las y los funcionarios de la Defensoría de los Habitantes, pero sí tutelar la necesaria independencia y abstracción de injerencias políticas que podría darse en este tema.

Ahora bien, en lo que atañe al capítulo primero del título tercero, denominado "Competencia" debe indicarse que el **artículo 21** posee exactamente la misma redacción que los actuales incisos 1 y 2 del artículo 12; ocurriendo lo mismo con el **artículo 22** respecto a los incisos 3 y 4 del mismo 12 de la legislación vigente. Siempre dentro de la misma repetición de los actuales preceptos, se encuentran el **artículo 24** –actual artículo 13; **artículo 25** –actual 14 incisos 1 y 2-.

Respecto al artículo 23 que sí constituye un elemento nuevo a la regulación normativa bajo la cual se rige la Defensoría, debe indicarse que si bien es cierto el marco ideal bajo el cual la Defensoría actuaría como mediadora social entre la población individual o colectivamente representada, debería suponer un contraparte institucional con la representación y legitimación legal suficiente para tomar decisiones y adquirir compromisos, no se puede olvidar que un elemento indispensable y esencial de cualquier proceso de mediación o conciliación supone la voluntariedad de las partes involucradas en la participación de la mediación o conciliación. No obstante, tal y como se encuentra actualmente redactada la propuesta normativa, sugiere la obligatoriedad de asistir a este tipo de procedimientos que vendrían a formalizarse ahora mediante esta propuesta normativa –pese a que históricamente se han efectuado cuando como consecuencia de la legitimidad que ostenta la Defensoría, las partes voluntariamente asisten a las convocatorias efectuadas por la Defensoría-, siendo a todas luces improcedente.

Al **artículo 26** denominado "recurso de reconsideración" debe apuntársele que más que hacer referencia al contenido y disposiciones bajo las cuales podría regirse dicho recurso especial, se concentra en regular las posibles consecuencias concretas que un funcionario tiene frente al no acatamiento de las recomendaciones que vierte la Defensoría de los Habitantes –siendo que no es éste el único que posee la facultad de ejercer el derecho a recurrir los informes que emite este órgano-, razón por la cual no existe una relación y vinculación directa entre el título del artículo y su contenido.

Entrando a analizar el capítulo segundo del título tercero denominado "procedimiento" se inicia con el **artículo 27** que enuncia una serie de principios que regirán el mismo y sobre los cuales no se considera importante hacer mayor comentario en virtud de ser principios consustanciales a todo procedimiento administrativo que ya han sido establecidos en normas de carácter general, así como en la jurisprudencia constitucional con vinculación erga omnes.

De seguido, el artículo 28 aborda el tema del suministro de información por parte de entidades públicas, así como terceros en relación de sujeción con el Estado, definiéndose la obligatoriedad de suministrar la misma a la Defensoría sin objeción alguna. Además, frente al actual artículo 24 de la Ley de la Defensoría –Ley N° 7319 del 17 de noviembre de 1992- que establece el mismo principio salvando los Secretos de Estado y la información de carácter confidencial de conformidad con la ley, que guarda inicialmente

relación con los límites intrínsecos y extrínsecos,¹⁵ el proyecto de ley propone un acceso irrestricto en favor de la Defensoría, con la salvedad de que debería guardar la misma reserva sin dar a conocer la información, sirviéndole en consecuencia únicamente para efectos ilustrativos en la investigación que sobre el tema se encuentre desarrollando. Sobre el particular, debe reconocerse el esfuerzo que efectúa la propuesta por formalizar la posición privilegiada que posee la Defensoría de los Habitantes de cara a obtener cualquier información de carácter público que repose en un órgano u ente público, o incluso frente a una diversidad de sujetos que pudieran ostentar esta tipología de información, posición que incluso ha sido reconocida por parte de la jurisprudencia constitucional.¹⁶

Empero, debe recordarse respetuosamente a las y los señores diputados que existe una omisión legislativa en el desarrollo de una normativa que desarrolle temas como el Secreto de Estado y en general el acceso a la información pública de una forma uniforme y coherente, de forma que se genere un equilibrio entre el legítimo interés en transparentar toda acción del Estado y los derechos de terceras personas, razón por la cual esta apertura aparentemente irrestricta que presenta el proyecto debería modularse y regularse teniendo como parámetro de referencia los límites constitucionalmente establecidos.

Finalmente, sobre el artículo bajo comentario señalar que el plazo para contestar los requerimientos de información que realiza la Defensoría se estarían ampliando de 5 días hábiles –como lo establece el actual artículo 24- a 10 días hábiles, lo que se estima deviene en una regresión de los apoderamientos dados a la institución, que precisamente la diferencian de una solicitud ordinaria, y que además atiende a la sumariedad de su procedimiento, siendo que teniendo en consideración además los avances en las TIC's, se considera inconveniente dicho cambio.

En la obligación de colaboración que se establece en el **artículo 29** se considera que debiera precisarse la obligatoriedad de colaboración que se establece a los particulares relacionados con los hechos que se investiguen, ya que el concepto resulta sumamente amplio y podría prestarse para abusos, siendo que la obligatoriedad en la colaboración por parte de particulares debería estar referida a posibles prestadores de servicios públicos o que de alguna manera se encuentren ejerciendo algún tipo de actividad administrativa por cuenta o encargo de la Administración y que pudieran ubicarlos en una posición de poder frente a las y los habitantes, que sería el supuesto que cobraría relevancia de cara al ejercicio de las competencias de la institución. En suma, la redacción y modulación de este artículo debería variarse.

Los **artículos 30 y 31** poseen el mismo contenido en esencia que los actuales artículos 16 y 17 teniendo estos últimos una redacción mucho más sencilla, razón por la cual en aras de propender a una técnica legislativa idónea de redacción sencilla y de fácil comprensión, esta Defensoría se decanta por los actuales en virtud de que no existe cambio de fondo considerable.

Por su parte, **los numerales 32, 33, 34** poseen la misma redacción que los actuales 18, 19 y 20.

Similar ocurre con el **artículo 35** respecto del actual 25 que aborda el tema de los plazos para que la Defensoría sustancie su procedimiento especial, así como el plazo para interponer recursos de hábeas corpus, acciones de inconstitucionalidad y amparos, omitiéndose en la propuesta establecer el plazo de

¹⁵ Tener como referencia en el tema: **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, Voto N° 2008-004460 de las 17:14 horas del día 25 de marzo de 2008.

¹⁶ *Ibíd.*

dos meses para sustanciar el actual procedimiento que guarda directa relación con lo establecido en el artículo 261 de la Ley General de la Administración Pública y ampliando el plazo para interponer una acción de inconstitucionalidad de 15 a 30 días, lo que tal y como la misma propuesta normativa enuncia, se trata de términos que no son perentorios, es decir, no acarrearán una sanción por su incumplimiento o reportan alguna pérdida de competencia –salvo las responsabilidades internas que se pudieran atribuir por retrasos injustificados conforme lo establece la LGAP-, siendo que los pequeños cambios que se proponen no poseen una relevancia o cambio significativo de fondo, regresando al tema de que amplía el enunciado normativo en lo que se estima deviene en una alambicada disposición normativa que no aporta nada al mejoramiento organizacional, estructural u operativo de la institución de la Defensoría de los Habitantes.

El artículo 36 retoma el recurso de reconsideración –enunciado en apariencia erróneamente en el 26 del proyecto por no corresponderse al contenido del artículo, salvo en su primer párrafo- establecido para el procedimiento especial diseñado para el ejercicio de la magistratura de influencia que compete a la institución, recurso de revocatoria o reposición conforme la terminología que utiliza el artículo 345 de la Ley General de la Administración Pública.

En su primer párrafo, el proyecto mantiene la actual redacción, pero se incluye un segundo párrafo para introducir la facultad que tendrían los jefes institucionales, para según se afirma, reconsiderar y en cualquier momento revocar cualquier decisión, actuación o informe que se hubiere emitido. Respecto a este punto, se estima que existe una diferencia entre la generación de un posible cambio de criterio respecto a un tema general o concreto que pudiera tener la Defensoría y otro, la revocación de una decisión, actuación o informe que en el tanto se encontrara firme, como acto administrativo que es –con sus particularidades-, debería someterse al régimen general establecido en la LGAP en el artículo 173 dados los principios que con ello se resguarda.

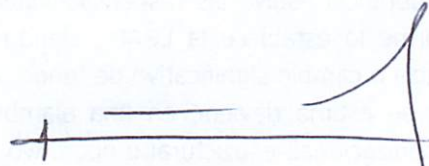
Finaliza este capítulo regulando el tema de las notificaciones, introduciendo el tema de las notificaciones vía electrónica a las instituciones con las que la Defensoría normalmente se interrelaciona a propósito del ejercicio de sus competencias.

De seguido a este capítulo se encuentra el título cuarto, con un capítulo único denominado Régimen Disciplinario sobre el cual cabe destacar la calificación de falta grave o muy grave a la negativa u omisión a prestarle colaboración a la Defensoría con ocasión del ejercicio de sus funciones, manteniéndose el resto de normas con similar redacción a los actuales.

Finalmente, lo relativo al régimen económico que se le otorgaría a la Defensoría en el proyecto de ley bajo consulta, se remite a las consideraciones en torno al tipo de persona jurídica que idealmente se estima debería dársele a la institución a partir de su constitucionalización, se repite, proceso ideal y lógico que debería darse previo a la emisión de cualquier legislación que pudiera pretender reformar la regulación actual vigente, razón por la cual no se aborda en mayor detalle este capítulo.

- En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica expresa su inconformidad con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados.

Agradecido por la deferencia consultiva,



Juan Manuel Cordero Gonzales
Defensor de los Habitantes en funciones

