

San José, 7 de diciembre de 2020
DH-DGP-1193-2020

Sra. Ana Julia Araya Alfaro
Jefa de Área
Área de Comisiones Legislativas II
COMISION-SOCIALES@asamblea.go.cr
maureen.chacon@asamblea.go.cr

Estimada señora:

Aprovecho la oportunidad para saludarla cordialmente y a la vez, dar respuesta a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de ley **TEXTO SUSTITUTIVO N° 20799 "LEY GENERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA"**; lo descrito según estudio realizado por la Dirección de Gobernanza Pública de la Defensoría de los Habitantes de la República, en los siguientes términos:

1.- Resumen Ejecutivo.

El proyecto de Ley N° 20799 tiene como propósito principal, establecer un marco legal por medio del cual se establezcan mecanismos jurídicos flexibles que permitan concretar en favor de las y los habitantes, el ejercicio efectivo del acceso al derecho de la información y a la transparencia ante los Poderes Públicos y sus instituciones, incluyendo a las entidades privadas que administren fondos y servicios públicos.

Dicha norma se constituye como una herramienta en favor de las personas para obtener información por parte del Estado, estableciendo mecanismos para obtener información pública, pero además creando las bases necesarias para el cambio de una cultura país en la que se genere una mayor apertura de las y los servidores públicos al escrutinio ciudadano, establecer medios activos para informar y transparentar la gestión que realizan las instituciones, todo lo anterior en cumplimiento del derecho humano de acceso a la información.

Empero, pese a las regulaciones necesarias que incluye la norma en consulta, la Defensoría desea expresar su **inconformidad** en relación a las siguientes disposiciones del proyecto: Artículo 2 inciso d), Artículo 7 y Artículo 19, en el tanto se reforma el artículo 12 "Ámbito de competencia y obligación de comparecer" de la Ley de la Defensoría de los Habitantes, Ley N° 7319 y se adiciona a esa misma ley, un artículo 28 bis denominado "sanciones administrativas". Dichas inconformidades serán desarrolladas en el punto 3 del presente criterio.

Por otra parte, la Defensoría debe señalar lo inconveniente de que una regulación necesaria y tan importante para la ciudadanía, haya sido analizada de manera atomizada durante todo el proceso que se ha llevado a cabo en la corriente legislativa, tomando en cuenta su paso por las siguientes comisiones:

- 1.- Comisión Permanente de Gobierno y Administración en relación con el proyecto de Ley N° 19113 denominado "Transparencia y Acceso a la información pública".
- 2.- Comisión Permanente Especial de Ciencia, Tecnología y Educación en relación con el proyecto de Ley N° 20361 denominado "Ley de acceso a la información pública".

3.- Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos en relación con el proyecto de Ley N° 19113 denominado "Transparencia Acceso a la Información Pública".

4.- Comisión Especial de Infraestructura con el proyecto N° 20799 denominado "Ley General de Acceso a la Información Pública y Transparencia".

2.- Competencia del mandato de la Defensoría.

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de 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.

3.- Alcance del proyecto.

a.- Antecedentes.

La Defensoría ha emitido criterio formal ante esa Asamblea Legislativa en otros proyectos sobre los cuidados de técnica legislativa y presupuestarios que implican la atribución de competencias legales adicionales a las que hoy en día tiene este órgano defensor en su Ley N° 7319 y las cuales podrían afectar su funcionamiento, dado que dichas competencias no estarían debidamente fundamentadas, legal o presupuestariamente.

Asimismo, se han emitido criterios en los que se ha considerado que la Defensoría no debe perder su rol de órgano fiscalizador de las acciones y omisiones del Estado costarricense o convertirse en Administración activa y una institución tomadora de decisiones que le son propias a las instituciones y funcionarios de la administración pública prestataria de servicios.

A continuación se le informará a esa Comisión acerca de algunos de los criterios emitidos por la Defensoría en relación con el tema en cuestión:

i.- Oficio DH-455-2014 de fecha 21 de noviembre de 2014:

La entonces Defensora de los Habitantes, Montserrat Solano Carboni, remitió criterio a la Comisión Permanente de Gobierno y Administración en relación con el proyecto de Ley N° 19113, denominado "Transparencia y Acceso a la información pública". En esa iniciativa, se proponía la creación del Instituto Costarricense de Acceso a la Información (ICAI) y en dicha oportunidad, la Defensoría señaló la

inconveniencia de crear una nueva institución pública, valorando la realidad fiscal del país, situación que no sólo sigue vigente sino que se ha agravado por las circunstancias actuales de la crisis global sanitaria.

En esa ocasión, la Defensoría señaló respecto al ICAI lo siguiente:

"Existe una obligación por parte del Estado costarricense de incorporar dentro de su ordenamiento jurídico, la ley de acceso a la información pública. Según el criterio de expertos internacionales este tipo de legislación debería incluir dentro de su articulado la creación de una institución independiente, con fortaleza suficiente, para poder ejercer en la práctica la tutela de este derecho fundamental.

Esta posición pareciera la más acertada dentro de un contexto en el que se pueda lograr un consenso entre los actores de la sociedad civil, los representantes de los partidos políticos en la Asamblea Legislativa, el Gobierno de la República, y otros actores importantes de la colectividad. Sin embargo, existe poco apoyo de sectores importantes de la sociedad para crear más instituciones públicas, considerando que somos un país pequeño, con serias dificultades financieras y con 328 Instituciones públicas según datos de MIDEPLAN. Complica aún más el panorama si se considera la proyección de un déficit fiscal, para finales de año, de un 6% del PIB y una Inflación -en el primer semestre del presente año- que ya supera la meta establecida por el BCCR para todo el período.

Fue precisamente por lo anterior que la Comisión Interinstitucional que elaboró la propuesta de ley de acceso a la información (Primera Vicepresidencia de la República, el TSE, PEP, MIDEPLAN, PJ, GD y DHR), consideró como una opción la posibilidad de darle un papel a la Defensoría de los Habitantes de la República ...".

Cabe indicar que, dado el contexto fiscal existente en ese momento y, agravado aún más con la situación de endeudamiento e impacto por el COVID-19, fue que la Defensoría planteó para ese proyecto, una redacción de propuesta legislativa en relación con las competencias institucionales y también sobre el aspecto presupuestario, en los siguientes términos:

"Fiscalización de la publicación obligatoria:

La Defensoría de los Habitantes de la República fiscalizará el cumplimiento de lo regulado en el artículo ... su competencia. Para los propósitos apuntados deberá incluir un capítulo en el Informe Anual que se presenta a la Asamblea Legislativa, en junio de cada año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 7319, sobre los resultados y hallazgos sobre el tema y las actividades realizadas durante el período del informe".

"Asignación presupuestaria:

El Ministerio de Hacienda aprobará dentro de la partida presupuestaria asignada a la Defensoría los Habitantes, los recursos propuestos para hacer frente a la obligación establecida en el artículo ... de esta ley".

Dadas las anteriores consideraciones, en ese momento la Defensoría sugirió a la Comisión que estudiaba el proyecto, que con el fin de establecer un mecanismo autónomo, con capacidad técnica, administrativa, financiera y en resguardo al derecho de acceso a la información, tomara en consideración la propuesta de establecer dicho texto sustitutivo e incorporar los artículos citados.

ii.- Oficio DH-1025-2017 de fecha 9 de noviembre de 2017:

La entonces Defensora de los Habitantes, Montserrat Solano Carboni, remitió criterio a la Comisión Permanente Especial de Ciencia, Tecnología y Educación en relación con el proyecto de Ley N° 20361 denominado "Ley de acceso a la información pública"; en esa iniciativa se disponía a la Defensoría de los Habitantes como órgano garante de la ley con la atribución de competencias específicas pero sin la asignación de los recursos presupuestarios necesarios para ejercer dicha labor garantista. Al respecto, en esa ocasión, la Defensoría indicó lo siguiente:

"... En cuanto a lo dispuesto en el artículo 11 sobre la Fiscalización de la publicación de información obligatoria que se le asigna a la Defensoría de los Habitantes de la República, es importante hacer mención a lo incorporado en nuestro oficio número DH-455-2014 del 21 de noviembre de 2014, en el sentido de que existe una obligación por parte del Estado costarricense de incorporar dentro de su ordenamiento jurídico, la ley de acceso a la información pública. Se agregó que según el criterio de expertos internacionales este tipo de legislación debería incluir dentro de su articulado la creación de una institución independiente, con suficiente fortaleza, para poder ejercer en la práctica la tutela de este derecho fundamental.

La Defensoría reitera que esa opción pareciera la más acertada pero no hay duda que la falta de apoyo y complicaciones del país de orden financiero y fiscal complican aún más la situación, sobre todo si se toma en cuenta lo difundido en los últimos días por la Contraloría General de la República, en cuanto al porcentaje de la deuda y el déficit fiscal respecto al PIB.

Como también se mencionó en el oficio arriba indicado, ese fue el motivo por el cual la Comisión Interinstitucional que elaboró la propuesta de ley de acceso a la información, consideró como una opción la posibilidad de darle un papel a la Defensoría de los Habitantes de la República. Sin embargo, es necesario subrayar que en la propuesta original, la cual está incorporada en el proyecto de ley número 19.113, claramente se establece - en el apartado "Asignación presupuestaria":

"El Ministerio de Hacienda aprobará dentro de la partida presupuestaria asignada a la Defensoría los Habitantes, los recursos propuestos para hacer frente a la obligación establecida en el artículo... de esta ley".

Tómese en cuenta que en este artículo 11 del proyecto N° 20361, se indica que corresponderá a la Defensoría de los Habitantes, fiscalizar la publicación de información obligatoria y específicamente se menciona que le corresponderá (obligatoriedad) fiscalizar (ser garante) del acatamiento de lo dispuesto en el Capítulo II relacionado con el "DEBER DE DIVULGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA".

Esto no hace más que alertar sobre la dimensión y la responsabilidad que significa para la Defensoría de los Habitantes atender esta obligación que implicaría necesariamente la asignación de recursos adicionales. Como se puede observar, esta situación fue objeto de alerta desde la presentación del anteproyecto de ley, cuando se enfatizó en la necesidad de incluir un artículo en cuyo texto quedara explícita la necesidad de que el Ministerio de Hacienda asignara los recursos pertinentes para poder cumplir con esta tarea adicional.

Obsérvese también que con la nueva redacción, no sólo se le están asignando mayores responsabilidades sino que para ello deberá establecer las acciones administrativas internas para su atención, lo que significaría que con los mismos recursos - de por sí escasos - debe asumir las acciones para convertirse en el órgano garante del "DEBER DE DIVULGACIÓN DE TODA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA", sin los recursos necesarios para hacer frente a esta enorme responsabilidad que conlleva la incorporación de un capítulo adicional dentro del informe anual que presenta la Defensoría ante los señores y señoras diputadas, en el mes de junio de cada año, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 7319, informando sobre los resultados, hallazgos y actividades, en función del acatamiento a esta nueva legislación.

De acuerdo con lo anterior, la Defensoría manifiesta su conformidad parcial con esta iniciativa, considerando que estamos, tal y como ya hemos adelantado, ante el desafío de tutelar de forma autónoma, con suficiente capacidad técnica, administrativa y financiera, el derecho de acceso a la información. Para ello es indispensable contar con recursos adicionales para que la Defensoría pueda cumplir ese papel garante del "DEBER DE DIVULGACIÓN DE TODA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA" que por medio de esta propuesta legislativa se le estaría agregando a sus funciones y responsabilidades".

iii.- Oficio DH-0231-2018 de fecha 3 de abril de 2018:

El entonces Defensor de los Habitantes en funciones, Juan Manuel Cordero González, remitió criterio a la Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos en relación con el proyecto de Ley N° 19113 denominado "Transparencia Acceso a la Información Pública"; en esa iniciativa se disponía en el artículo 19 la creación de una Dirección de Acceso a la Información, adscrita a la Defensoría de los Habitantes.

En esa ocasión, la institución indicó su disconformidad con el proyecto en los términos aprobados por dicha Comisión, lo anterior dado que compromete seriamente la estructura orgánica de la institución y además, potencia el riesgo de debilitar la gestión y el criterio técnico funcional; al respecto, se indicó lo siguiente:

"... Sobre lo dispuesto en el Capítulo IV; el mismo crea en el artículo 19, una Dirección de Acceso a la Información, adscrita a la Defensoría de los Habitantes, si bien en el proyecto no se define la naturaleza de este órgano, la denominación de "adscrita" sugiere una categorización de órgano desconcentrado, lo cual se considera inconveniente con base en las razones que en adelante se dirán.

La Asamblea Legislativa, con base en lo dispuesto en los artículos 121 incisos 10, 20 y 23 de la Constitución Política, está facultada para crear, a través del procedimiento legislativo ordinario, órganos públicos adscritos a ella, encargados de ejercer funciones de tutela o fiscalización respecto a la labor que ejercen las instituciones públicas.

Bajo esta lógica, el legislador dispuso, a través de la Ley de la Defensoría de los Habitantes (Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992) que la Defensoría fuera de un órgano encargado de velar porque la actividad del sector público se ajuste a la moral, la justicia y al ordenamiento jurídico; al que además le corresponde la labor de promocionar y divulgar los derechos de las y los habitantes.

Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de dicho cuerpo normativo, la Defensoría está adscrita al Poder Legislativo, y ostenta independencia funcional, administrativa y de criterio. En este sentido, señala la jurisprudencia lo siguiente:

"Es de todos conocido, que la Defensoría de los Habitantes de la República es un órgano de creación legal, adscrito al Poder Legislativo, que realiza una actividad de fiscalización o control de legalidad sobre el funcionamiento del sector público, y en ese tanto, despliega funciones administrativas, tanto en el ámbito interno de su estructura, como en el desempeño mismo de su función central y externa. Es, en ese tanto, parte de la Administración Pública, las manifestaciones de voluntad, activas u omisivas, constituyen verdaderas conductas administrativas, a saber: actos, reglamentos, circulares, instrucciones, actuaciones materiales, omisiones, etc. Dentro de este ámbito funcional, se encuentran los resultados finales de su actividad, es decir, sus advertencias, recomendaciones, recordatorios y sugerencias. Todas estas manifestaciones, son verdadero ejercicio de la función administrativa, y en este caso, como se ha dicho, de control o tutela"

Ahora bien, mediante el proyecto de ley que aquí se analiza, se pretende crear un órgano adscrito a la Defensoría de los Habitantes, el cual como ya se indicó, funge a su vez como un órgano adscrito al Primer Poder de la República, entendiéndose para estos efectos como un "brazo" del Poder Legislativo al cual le compete ejercer labores de control de legalidad, justicia y moralidad respecto a las conductas que ejercen los distintos órganos y entes que forman parte de la Administración Pública.

Sumado a la inconveniencia de crear un órgano adscrito a un órgano que ya de por sí está adscrito a un Poder de la República, resulta también inconveniente crear un órgano desconcentrado que atomice más la institución y dificulte el cumplimiento de las funciones que ejerce el o la jerarca. Tal como ha señalado la Procuraduría General de la República, la desconcentración es una técnica de distribución de competencias en favor de órganos de una misma persona jurídica, por la cual, a efectos de garantizar la especialización y la tecnicidad en la adopción de decisiones, se atribuye a un órgano inferior competencia en forma exclusiva, para que la ejerza como propia, en nombre propio y bajo su propia responsabilidad.

Bajo esta óptica, la creación de un órgano inferior que ejerza sus competencias en materia de transparencia y acceso a la información se considera inconveniente desde el punto de vista orgánico, siendo la Defensoría por sí misma un órgano adscrito y además, una institución pequeña con una estructura piramidal relativamente sencilla, la cual contempla dentro de su organización jerárquica al Defensor o Defensora de los Habitantes como máxima autoridad en la organización, ejecución y desarrollo de las funciones y disposiciones que establecen la normativa.

En esta misma línea, la creación de un órgano desconcentrado dentro de la Defensoría supondría la atenuación de la relación de jerarquía que ejerce el Defensor o Defensora de los Habitantes, significando esto una atomización de este órgano mediante la creación de pequeñas "islas" a cargo de temas tan importantes como el que se pretende abarcar mediante el proyecto de ley de marras.

Cabe hacer la diferenciación entre asignar competencias nuevas a la Defensoría por vía de ley, lo cual parte de la amplia legitimidad que ostenta la institución, y otra muy distinta es la

tendencia equívoca de estar creando órganos adscritos a la Defensoría por cada tema o derecho objeto de tutela en el ordenamiento jurídico, y que ya de por sí forman parte de la competencia natural de la Defensoría. Dicha técnica legislativa no sólo compromete seriamente la estructura orgánica de la institución, sino que además potencia el riesgo de debilitar la gestión y la univocidad de criterio en el ámbito funcional, pues promueve la proliferación de estructuras satelitales que giran en torno a la Defensoría, en desmedro de las potestades de dirección, control y supervisión que su ley de creación le otorgó.

Valga reiterar que la redacción primera propuesta por la Defensoría a la que se hizo referencia anteriormente resulta mucho más conveniente que la contemplada en el proyecto de ley, siendo que no se dispone la modificación de la estructura organizacional de la Defensoría sino más bien, se deja a criterio de la institución la adopción de las acciones necesarias para incorporar las funciones que mediante la ley se lograron, lo cual permitiría además transversalizar en toda la institución un tema tan importante y que además es resorte de todas las áreas temáticas que conforman la Defensoría. En tal virtud, mediante el presente criterio se reitera la propuesta planteada por la Comisión Interinstitucional, y se sugiere respetuosamente replantear el texto del artículo 19 del proyecto, de modo que no sugiera la creación de un órgano desconcentrado que atomice la estructura administrativa y debilite el principio de jerarquía y la labor que recae en el Defensor o Defensora de los Habitantes”.

b.- Sobre el proyecto N° 20799 LEY GENERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA:

Según las disposiciones del artículo 1 del proyecto N° 20799, se indica que la propuesta pretende garantizar que toda persona física o jurídica, ejerza el derecho de acceso a la información pública y transparencia ante la Administración Pública, derivada de sus órganos, entes, o empresas públicas, conforme a las disposiciones de esta ley, al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 19 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos.

Para tales efectos, el numeral 2 de la propuesta crea una serie de definiciones, dentro de las cuales se establece en el inciso d) la de **Órgano garante, indicando que:**

"La Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica, será el órgano competente, para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información de carácter pública y la transparencia, a toda persona física o jurídica, cuya información se encuentra en poder de los sujetos obligados que señala esta ley”.

Por otra parte, el artículo 7 permite la creación de las denominadas "oficinas de acceso a la información pública y la transparencia"; en ese sentido, el proyecto indica que los sujetos obligados señalados en el artículo 5) de la ley, podrán crear comités de acceso a la información pública y transparencia, de acuerdo con las capacidades administrativas y presupuestarias y que dichos comités deberán garantizar las medidas y condiciones de accesibilidad para que toda persona pueda ejercer el derecho de acceso a la información y la transparencia y apoyar al solicitante en la elaboración de las mismas, de conformidad con esta ley.

Asimismo, agrega que contra lo que resuelvan dichos comités o por el sujeto obligado indicado en el artículo 5 de la ley, cabrá el recurso apelación ante la Defensoría de los Habitantes, dentro del plazo de

tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución y que la Defensoría de los Habitantes deberá resolver en el plazo de cinco días siguientes contados a partir de la recepción del recurso.

Cabe señalar que el proyecto hace reformas sustanciales a las competencias de la Defensoría de los Habitantes; en ese sentido, el artículo 19 de la propuesta modifica sustancialmente el numeral 12 de la Ley N° 7319 y agrega los incisos del 5) al 21), los cuales señalan lo siguiente:

5.- La Defensoría deberá promover la participación de los ciudadanos en los procesos y diseño de políticas de acceso a la información pública y transparencia.

6.- La Defensoría deberá diseñar políticas, planes y proyectos, en materia de acceso a la información pública y transparencia.

7.- La Defensoría podrá coordinar con el Archivo Nacional en la elaboración y aplicación de los criterios para la catalogación y conservación de los documentos que regule esta ley, así como la organización de archivos de las dependencias administrativas, órganos y entes públicos, sin perjuicio de las competencias conferidas por Ley del Sistema Nacional de Archivos N° 7202, de 24 de octubre de 1990, sobre la clasificación, desclasificación y custodia de la información reservada y confidencial.

8.- Diseñar procedimientos y establecer sistemas para que los sujetos obligados de esta ley reciban, procesen, tramiten y resuelvan las solicitudes de acceso a la información pública, y además puedan enviar a la agencia las resoluciones, criterios, solicitudes, consultas, informes y cualquier otra comunicación a través de medios electrónicos u otros medios disponibles, cuya transmisión garantice en su caso la seguridad, integridad, autenticidad, reserva y confidencialidad de la información y genere registros electrónicos del envío y recepción correspondiente.

9.- Dar seguimiento y, en caso de incumplimiento, hacer las recomendaciones a los sujetos obligados para que se cumpla con lo dispuesto en esta ley.

10.- Orientar e informar a las personas físicas o jurídicas acerca de las solicitudes de acceso a la información pública y transparencia, promoción de campañas publicitarias en materia de acceso a la información y transparencia.

11.- Elaborar los formatos de solicitudes de acceso a la información pública y transparencia y los respectivos reglamentos en esta materia.

13.- Hacer del conocimiento a las auditorías internas o en su defecto al órgano correspondiente de cada sujeto obligado, de las presuntas infracciones a esta ley y garantizar el derecho a la información pública y la transparencia.

14.- Promover la cultura de responsabilidad y, en su caso, otorgar la capacitación de los servidores públicos en materia de acceso a la información y transparencia a través de las comisiones o comités que se instalen para tales efectos

15.- Elaborar y publicar estudios e investigaciones para difundir y ampliar el conocimiento sobre la materia de esta ley, así como datos estadísticos sobre acceso a la información pública y transparencia.

16.- Cooperar respecto de la materia de esta ley, con los sujetos obligados, los órganos y entes públicos, y los municipios para mejorar la eficiencia y la eficacia sobre la gestión pública, en cuanto al acceso a la información y la transparencia.

17.- La Defensoría podrá suscribir convenios con entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, para la implementación, formación y el diseño de actividades, mecanismos y metodologías, a fin de desarrollar y mejorar la cultura de acceso a la información pública y transparencia, así como programas relacionados con esta materia

18.- Dar seguimiento sobre el ejercicio del derecho al acceso a la información pública y la transparencia por parte de los sujetos obligados.

19.- Promover el uso de las tecnologías de la información y comunicación y la implementación del gobierno electrónico.

20.- Fomentar la cultura de acceso a la información pública y transparencia y la rendición de cuentas.

21.- Las demás que le confieran esta ley, y su reglamento.

El proyecto N° 20799 también adiciona un artículo 28 bis a la Ley de la Defensoría de los Habitantes, Ley N° 7319, en donde se establecen las sanciones administrativas por incumplimientos a la normativa de acceso a la información pública y transparencia; a saber, señala la propuesta que:

- a) *Será sancionado con tres (3) a cinco (5) salarios base de conformidad con la Ley N° 7337, de 05 de mayo de 1993, a quien no entregue la información que se le solicita con las condiciones y el plazo indicado en esta ley.*
- b) *Será sancionado con tres (3) a cinco (5) salarios base, de conformidad con la Ley N°7337 de 05 de mayo de 1993, a quien entregue o difunda información reservada o confidencial.*
- c) *Será sancionado con cinco (5) a diez (10) salarios base de conformidad con Ley N°7337 de 05 de mayo de 1993, a quien sustraiga, destruya, oculte, inutilice o altere total o parcialmente, información que se encuentre bajo su custodia o a la que tengan acceso o conocimiento con motivo de su puesto o cargo.*
- d) *Será sancionado con uno (1) a tres (3) salarios base de conformidad con la Ley N°7337 de 05 de mayo de 1993, a quien actúe con negligencia en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información, a que están obligados, los sujetos conforme a esta ley.*
- e) *Será sancionado con uno (1) a tres (3) salarios base de conformidad con la Ley N°7337 de 05 de mayo de 1993, a quien deniegue información no clasificada como reservada o que no sea confidencial.*
- f) *Será sancionado con uno (1) a tres (3) salarios base de conformidad con la Ley N°7337 de 05 de mayo de 1993, a quien proporcione parcialmente o de manera ininteligible la información cuya entrega haya sido ordenada por la Defensoría de los Habitantes.*
- g) *Será sancionado con uno (1) a tres (3) salarios base de conformidad con la Ley N°7337 de 05 de mayo de 1993, a quien invoque información como reservada o confidencial, siendo el motivo simulación o engaño.*

c.- Sobre las objeciones de fondo a la propuesta de reforma planteada en el proyecto N° 20799.

1.- La Defensoría de los Habitantes, naturaleza jurídica y competencias legales.

La figura del Ombudsman, conocida en nuestro país como Defensor de los Habitantes, encuentra sus primeros antecedentes en el siglo XVIII. No obstante, sus orígenes más claros datan del siglo XIX, cuando en Suecia surgió la necesidad de que existiera una persona que auxiliara al Parlamento en su labor de fiscalización, además que se encargara de defender los derechos y los legítimos intereses públicos de los ciudadanos frente a la Administración.

En virtud de la llamada "magistratura de influencia" que ostenta el Ombudsman, es posible afirmar que su eficacia dependerá en buena medida de la legitimidad y la apreciación favorable que la población posea, tanto de la persona como de su gestión. El respeto que transmite el Defensor del Pueblo en torno al desarrollo de su labor, resulta esencial para lograr el cumplimiento de sus resoluciones, las cuales

generalmente no poseen carácter coercitivo, sino que se les reconoce como "recomendaciones", "recordatorios" o "sugerencias".

En términos generales, al Ombudsman le corresponde velar porque las actuaciones de la Administración se realicen de conformidad con lo que dispone el ordenamiento jurídico como un todo.

La relevancia que fue adquiriendo este órgano de control le ha permitido irse desarrollando a lo largo del orbe, ya que su labor se constituye como un mecanismo alternativo a los remedios jurisdiccionales, al cual las personas pueden acceder en aras de procurar una solución a los diferentes conflictos en los cuales se ven inmersos, de manera más informal y expedita.

Así, en virtud del tiempo que demoran las instancias jurisdiccionales, además de la vinculación directa del ejercicio de control referido estrictamente a cuestiones de legalidad, es que las Defensorías se han constituido como un mecanismo alternativo, a través del cual se busca velar por el cumplimiento de los derechos de los administrados de manera efectiva y eficiente, así como desentrabar la labor que ejercen los Tribunales de Justicia.

En el caso de Costa Rica, el legislador dispuso que la Defensoría de los Habitantes fuera un órgano encargado de velar porque la actividad del sector público se ajuste a la moral, la justicia y al ordenamiento jurídico; además le corresponde la labor de promocionar y divulgar los derechos de las y los habitantes.

El ejercicio de las competencias legalmente atribuidas a este órgano de control debe entenderse enmarcado dentro de un principio básico que rige su funcionamiento, cual es que **la Defensoría de los Habitantes no sustituye de modo alguno las actuaciones materiales ni las omisiones de las instituciones que conforman la Administración Pública,** en virtud de que estas instituciones tienen sus propios ámbitos de competencia que la Defensoría no puede hacer suyos. En este sentido, en el artículo 1º de la Ley de la Defensoría de los Habitantes (Nº 7319 del 17 de noviembre de 1992), se dispone lo siguiente:

"La Defensoría de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos e intereses de los habitantes. Este órgano velará 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, deberá promocionar y divulgar los derechos de los habitantes."

Sumado a ello, el párrafo 1 del artículo 14 de la misma ley dispone que la Defensoría no sustituye el accionar de las instituciones públicas y de sus funcionarios; en lo que interesa, la norma indica lo siguiente:

*"La intervención de la Defensoría de los Habitantes de la República **no sustituye los actos, las actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa del sector público,** sino que sus competencias son, para todos sus efectos, **de control de legalidad...**" (La negrita no es del original)*

La labor de control que ejerce la Defensoría de los Habitantes, ha sido entendida por la jurisprudencia como una competencia que **no ejerce funciones administrativas y no puede sustituir a la Administración activa y, por tanto, no conviene que se convierta en Administración activa:**

"...la función que realiza la Defensoría es de control, es decir, estrictamente tutelar, la cual se inserta dentro de las funciones de tutela administrativa, que son propias del Ente Mayor respecto de todo el aparato estatal, y en especial, respecto de la administración descentralizada, máxime, como en este caso, que se trata de un órgano adscrito al denominado "Primer Poder de la República" (Asamblea Legislativa), en tanto en ella, por medio del sufragio, el pueblo delega la soberanía nacional –artículo 105 de la Constitución Política–. Sin embargo, interesa resaltar que este control reviste de una especial connotación, toda vez que, "no sustituye los actos, las actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa del sector público (artículo 14.1 de la Ley de su creación), con lo cual, la doctrina y jurisprudencia nacional, la han calificado como una "magistratura de influencia", esto es, reservada al ámbito moral y ético, en tanto no ejerce funciones administrativas, al no poder sustituir a la Administración activa, ni tampoco puede ejercer las funciones disciplinarias ni la función judicial, ésta última reservada de manera exclusiva y excluyente al Poder Judicial, al tenor del artículo 153 de la Carta Fundamental. Con lo cual, su facultad se limita a la emisión de pronunciamientos en los que hace recomendaciones a las Administraciones investigadas, a fin de que la actuación administrativa se adecue a la legalidad, en tanto únicamente evidencia la posible irregularidad en la actuación administrativa acusada e investigada, sea, por apartarse del bloque de legalidad por acción o por omisión, esto es, en la doble dimensión del principio de legalidad –que deriva de los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública–, tanto en la versión clásica o negativa, que implica el sometimiento de la actuación administrativa al bloque de legalidad, esto es, al conjunto de disposiciones normativas, con lo cual, se constituye en límite y restricción del ejercicio de las potestades y competencias públicas, como en la versión positiva, por la que las normas se constituyen en verdaderas habilitadoras de esas competencias y potestades públicas, según se ha desarrollado en la sentencia número 63-2000, de las catorce horas cincuenta minutos del veintiocho de enero del dos mil, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia"¹.

Adicionalmente, en la Opinión Jurídica **OJ-036-2020**, la Procuraduría señaló lo siguiente:

"... los actos de la Defensoría de los Habitantes no tienen la virtud de sustituir las actuaciones de la Administración activa, sino que a través de ellos se realiza un control de prevención y recomendación al órgano respectivo. Se trata entonces de una magistratura de persuasión, que no podría introducir un control contrario a la autonomía de los otros Poderes de la República o entes públicos.

Es así como a la luz de la legislación vigente, el Poder Ejecutivo únicamente puede recibir recomendaciones de la Defensoría de los Habitantes, competencia que quedaría modificada sustancialmente si se aprueba el presente proyecto de ley..."

Tal como se desprende de lo anterior, a la Defensoría le corresponde ejercer una labor de **control y fiscalización** de la actividad de la Administración Pública, y debe velar porque sus actuaciones se ajusten a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, ampliamente entendido. Como atribución intrínseca al buen desarrollo de esta labor, el legislador optó por otorgar independencia a la Defensoría, misma que se halla consagrada en el artículo 2 de la Ley N° 7319, donde se establece que, si bien es un órgano adscrito al Poder Legislativo, el mismo desempeña sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio.

¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I. Voto N° 293-2005 del 22 de julio de 2005

De este modo, se entiende que la intención del legislador fue crear un mecanismo de control adicional y complementario a los sistemas ya existentes, que fungiera como un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en lo que se refiere a tutela de la legalidad y en temas referentes a derechos humanos.

Pese a la adscripción que ostenta la Defensoría al llamado primer poder de la República, la norma es clara al disponer la independencia funcional, administrativa y de criterio respecto a este órgano, lo cual justamente busca garantizar que las intervenciones, investigaciones y los pronunciamientos que emita la Defensoría sobre distintos temas, se lleven adelante con completa autonomía y objetividad, en procura de velar por el cumplimiento de los derechos de las personas, y bajo los criterios que la propia institución determine, respetando evidentemente los parámetros de legalidad que el ordenamiento jurídico le imponga.

Asimismo, debe quedar claro que, con independencia de las modificaciones que se pretendan realizar a la Ley de la Defensoría de los Habitantes en relación con sus competencias y facultades para otorgarle el rol de órgano garante según lo dispuesto por el proyecto N° 20799; lo cierto, es que las y los diputados deben garantizar que dichas modificaciones sigan siendo acordes con la naturaleza jurídica propia que tiene la Defensoría y con la naturaleza propia de sus intervenciones, la cual se encuentra regulada y reconocida en el numeral 14 de la Ley N° 7319, el cual indica:

"La intervención de la Defensoría de los Habitantes de la República no sustituye los actos, las actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa del sector público, sino que sus competencias son, para todos los efectos, de control de legalidad".

Esta disposición resulta vital para lograr comprender que las y los diputados no deberían atribuirle funciones y competencias a la Defensoría que son de resorte exclusivo de la administración activa, esto debido a que comprometería su labor imparcial y objetiva al momento de resolver un asunto en el que pueda constituirse en juez y parte.

Además, como ya lo ha señalado la Procuraduría General de la República y los propios Tribunales de Justicia, los actos que emite la Defensoría no pueden modificar o anular actos administrativos de las instituciones públicas; a saber en el dictamen **C-197-2002** la Procuraduría indicó con claridad:

"... Los órganos administrativos del carácter de la Defensoría de los Habitantes realizan funciones de investigación sobre la actividad administrativa, con el objeto de proteger los derechos, fundamentales o no, de los habitantes del Estado y establecer si la Administración funciona correctamente o no. La circunstancia de que realice investigaciones para asegurar el correcto desempeño de la actividad administrativa, podría hacer pensar que su función es represiva. Empero, a contrario de lo indicado, su función es de control, mediación y de prevención. En ese sentido, la Defensoría debe cumplir un papel fundamental en la determinación de las acciones que violentan los derechos de los habitantes y en la lucha contra las causas de esas violaciones, para que no se repitan. De allí su función preventiva.

En razón de sus funciones, la Defensoría no se configura como un órgano de Administración activa. Ello implica que en el ejercicio de su competencia, no puede sustituirse a la Administración activa. Esta continúa siendo titular del poder de decisión respecto de los ámbitos materiales definidos por el legislador y

única responsable de sus actos. Dispone en lo que interesa el artículo 14 de su Ley de creación:

(...) Dada la naturaleza de estas funciones, se comprende que la Defensoría no emita actos administrativos susceptibles de causar estado. La Defensoría se manifiesta por medio de recomendaciones e informes. Ergo, sus actos no son de decisión ni de imposición. Le está prohibido emitir órdenes a las autoridades administrativas (Sala Constitucional, resolución N. 6421-93 de 10:27 hrs. del 3 de diciembre de 1993). Su actuación tiende a recomendar o proponer cuáles son las medidas que considera deben ser adoptadas en resguardo del buen funcionamiento de la Administración y del respeto de los derechos de los ciudadanos, sin que se exprese un poder de decisión unilateral y susceptible de afectar la esfera jurídica de la Administración y de los administrados”.

En la resolución N° 7730-2000 de 14:47 hrs. del 30 de agosto de 2000, la Sala Constitucional reafirma la imposibilidad de la Defensoría de actuar como Administración activa, definiendo su actuación como tutelar:

“...Todo esto significa que, de conformidad con nuestra Constitución Política, resulta imposible que en nuestro medio un órgano como la Defensoría de los Habitantes viniera a desempeñar funciones de tutela o control de oportunidad, pero (y este “pero” es de suma importancia) de ningún modo prohíbe que éste realice funciones de naturaleza tutelar...”.

Tutela que se expresa en un control del poder del Estado y en la defensa de los derechos de los habitantes.

Es de advertir, sin embargo, que ese control del Estado, aun cuando implique un control de legalidad, no puede conducir a la anulación de los actos administrativos.

En efecto, carece la Defensoría, de las potestades de revisión y de anulación de los actos de la Administración activa. El poder de anular corresponde, salvo disposición en contrario del ordenamiento, a la autoridad competente para emitir el acto administrativo”.

Así las cosas, no es legalmente viable lo pretendido por el proyecto N° 20799 en el artículo 7 al disponer que, sobre lo resuelto por los comités o por el sujeto obligado indicado en el artículo 5 de esta ley, cabrá el recurso apelación ante la Defensoría de los Habitantes; no le corresponde a la Defensoría revisar o anular actos administrativos emitidos por otras administraciones, aún y cuando sí tiene la competencia y tutela para analizar el accionar de dicha conducta y omisión, así como emitir las recomendaciones que sean necesarias para su corrección.

De igual manera, el proyecto N° 20977 reforma el numeral 12 de la Ley N° 7319, modificando el ámbito de competencia vigente, incluyendo otras facultades que son propias de la Administración activa y no son conformes con las que debe desarrollar un órgano de fiscalización y control, como la Defensoría de los Habitantes.

A saber, se disponen como competencias que están fuera de la naturaleza propia de la institución las siguientes:

- Diseñar políticas, planes y proyectos, en materia de acceso a la información pública y transparencia.
- Coordinar con el Archivo Nacional en la elaboración y aplicación de los criterios para la catalogación y conservación de los documentos que regule esta ley, así como la organización de archivos de las dependencias administrativas, órganos y entes públicos, sin perjuicio de las competencias conferidas por Ley del Sistema Nacional de Archivos N.º 7202, de 24 de octubre de 1990, sobre la clasificación, desclasificación y custodia de la información reservada y confidencial.
- Diseñar procedimientos y establecer sistemas para que los sujetos obligados de esta ley reciban, procesen, tramiten y resuelvan las solicitudes de acceso a la información pública, y además puedan enviar a la agencia las resoluciones, criterios, solicitudes, consultas, informes y cualquier otra comunicación a través de medios electrónicos u otros medios disponibles, cuya transmisión garantice en su caso la seguridad, integridad, autenticidad, reserva y confidencialidad de la información y genere registros electrónicos del envío y recepción correspondiente.
- Elaborar los formatos de solicitudes de acceso a la información pública y transparencia y los respectivos reglamentos en esta materia.
- Hacer del conocimiento a las auditorías internas o en su defecto al órgano correspondiente de cada sujeto obligado, de las presuntas infracciones a esta ley y garantizar el derecho a la información pública y la transparencia.

Finalmente, el proyecto N° 20799 adiciona un artículo 28 bis a la Ley de la Defensoría de los Habitantes, en donde se establecen las sanciones administrativas por incumplimientos a la normativa de acceso a la información pública y transparencia.

Esta modificación no está acorde con la naturaleza propia de la institución dado que, tal y como se indicó, la Defensoría no puede anular o modificar actos o actuaciones administrativas. Asimismo, su intervención no genera una condición o estado de resolución definitiva de los asuntos, como en efecto lo puede realizar la Administración activa; es por ese motivo que la incorporación de un artículo referente a la aplicación de sanciones es contrario a la normativa de la institución y a la figura de la Defensoría de los Habitantes.

Finalmente, es de interés reiterar a las señoras y señores Diputados lo indicado en criterios anteriores, en el sentido de que la asignación de mayores responsabilidades, sin tomar en consideración la falta de presupuesto y la presión que agregarán las nuevas competencias a los recursos existentes, mismos que han sido disminuidos considerablemente para el ejercicio presupuestario 2021, implica una grave limitación para el ejercicio de las nuevas competencias y responsabilidades que serían asignadas.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se permite expresar su **inconformidad** respecto al texto consultado.

Agradecida por la deferencia consultiva, aprovecho la ocasión para reiterarle las muestras de mi consideración y estima.

Catalina Crespo Sancho, PhD
Defensora de los Habitantes de la República

REV: JPR.