



San José, 05 de febrero de 2021

DH-DGP-1200-2020

AL CONTESTAR REFIERASE A ESTE OFICIO

**Señora
Daniela Agüero Bermúdez
Jefa de Área
Área Comisiones Legislativas
Departamento de Comisiones Legislativas
dab@asamblea.go.cr
COMISION-JURIDICOS@asamblea.go.cr**

Estimada señora:

Reciban un saludo cordial. En atención a su estimable consulta, me refiero al expediente 22.176 denominado "***Ley para incorporar la consulta previa y facultativa de constitucionalidad en los procesos de referéndum***", lo descrito según estudio realizado por la Dirección de Gobernanza Pública de la Defensoría de los Habitantes de la República, en los siguientes términos:

Previo a referirse al contenido del proyecto, conviene realizar una observación a considerar por las y los señores Diputados: la Consulta de Constitucionalidad, establecida en la Ley de la Jurisdicción Constitucional es siempre previa a la aprobación de proyectos legislativos, ahora bien, esta se subdivide en: 1. Preceptiva (obligatoria) o 2.- facultativa (Si diez o más diputados, lo consideran necesario, también puede hacerlo la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Supremo de Elecciones, Contraloría General de la República o la Defensoría de los Habitantes". Conforme a lo anterior, se considera innecesario indicar que es una "consulta previa" siendo que siempre lo es.

1. Resumen Ejecutivo

La Defensoría considera que el proyecto consultado favorece a la consolidación de la figura del referéndum como mecanismo de expresión de la soberanía popular, en el entendido de que tal consolidación supone un avance en el camino hacia el ejercicio de una democracia participativa en la que las y los habitantes, titulares de derechos, se involucran, participan y decidan.

Entre las razones que observa la Defensoría para vincular la consulta de constitucionalidad con la consolidación del referéndum, están la seguridad y certeza jurídica que la mera consulta confiere a las iniciativas sometidas a este instrumento participativo, así como una mayor calidad de la información proporcionada a las y los electores, además de una notable economía procesal al ahorrar al Estado y actores involucrados la inversión de recursos para consultar y aprobar un proyecto que finalmente podría tornarse inconstitucional, y por tanto de imposible aplicación. En ese sentido, la Defensoría considera que conviene que las señoras y señores Diputados valoren la posibilidad de que dicha consulta sea preceptiva, más que facultativa, en aras de asegurarse la viabilidad constitucional de la propuesta legislativa conocida.

Además, dentro de este proyecto legislativo se recomienda finalmente adicionar en el artículo 101 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la referencia a los proyectos sometidos a referéndum y considerar una propuesta de regulación específica en cuanto a plazos y procedimientos para el caso de estas iniciativas, tomando en cuenta que cualquier listado nunca puede ser cerrado, en virtud que



dependiendo del tipo e índole de proyecto legislativo, se debe interpretar, integrar y delimitar el proyecto en sí, a efectos de no generar trasgresión a la carta política, Ley de la Jurisdicción Constitucional, principios, normas, valores, inmersos tanto en el derecho de la Constitución, así como del corpus iuris, del derecho internacional de los derechos humanos.

2. Competencia de la DHR

El mandato de Ley de la Defensoría es proteger los derechos e intereses de los y las 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, con plena independencia del Estado y de las instituciones que le conforman.

La Defensoría de los Habitantes es, además, una institución nacional de derechos humanos con acreditación de su estatus A según los Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos (Principios de París). La Defensoría 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 el 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. Posición acerca del proyecto consultado

Desde un enfoque basado en Derechos Humanos, la participación ciudadana constituye uno de los principios básicos del buen gobierno, a la vez que configura un objetivo y un medio para lograr el desarrollo, como bien lo ha reseñado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

"... Las estrategias de desarrollo deben potenciar la capacidad de acción de los ciudadanos, especialmente los más marginados, para articular sus expectativas en relación con el Estado y otros titulares de deberes y tomar las riendas de su propio desarrollo".

Además de constituir un principio del buen gobierno y un factor del desarrollo, la participación ciudadana representa un mandato para Estados democráticos como el costarricense, estipulado en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, y a nivel del derecho interno desde la propia Constitución Política que confiere al Gobierno de la República un carácter "*popular*" y "*participativo*", ejercido por "*el Pueblo*" y tres poderes independientes entre sí. A partir de dicho mandato, decenas de leyes en

¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. Nueva York y Ginebra. Extraído de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>. Pág. 26.



el país establecen espacios y mecanismos de participación ciudadana en las distintas materias que regulan².

Por lo anterior, la Defensoría de los Habitantes en su condición de Institución Nacional de Derechos Humanos, reconoce la pertinencia de las iniciativas que busquen perfeccionar los mecanismos de participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, tal como el instituto del referéndum.

Ahora bien, en relación con el proyecto consultado, seguidamente se plantea una observación de forma con respecto al título del proyecto de ley, y posteriormente se reseñan las ventajas que aprecia la Defensoría para que su aprobación sea considerada por las y los señores diputados, así como algunas recomendaciones para incorporar otras regulaciones en el caso de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

En cuanto al título del proyecto de ley, se debe aclarar que la Consulta de Constitucionalidad, establecida en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es siempre previa a la aprobación de proyectos legislativos, y se subdivide en preceptiva (obligatoria) y facultativa, por lo que resulta innecesario denominar la consulta como "previa", y por tanto el título y el contenido del proyecto podrían omitir ese término y referir simplemente la "consulta facultativa".

Ahora, en cuanto a las ventajas del proyecto, existe efectivamente un vacío en la Ley de Jurisdicción Constitucional y en la Ley de Regulación del Referéndum, para someter a consulta de constitucionalidad los proyectos que pretenden ser aprobados a través de esa vía, por lo cual lleva razón el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) al alegar un carácter *subrepticio* en las consultas que algunos ciudadanos han realizado ante la justicia constitucional sobre estos proyectos, y comparte la Defensoría su conclusión sobre la *"inadecuada utilización de procesos que están al servicio de la depuración del ordenamiento jurídico vigente o de la tutela de derechos fundamentales (así como no es dable interponer gestiones de amparo contra proyectos de ley en trámite legislativo, resulta improcedente que se admitan contra iniciativas referendarias)"* (TSE, Informe N° TSE-2419-2018 del 11 de diciembre de 2018).

Asimismo, coincide la Defensoría con el Dr. Luis Diego Brenes Villalobos³, al razonar la inconveniencia de que el TSE continúe ocupándose de realizar el filtro de constitucionalidad respecto de iniciativas de referéndum siendo esa una tarea propia de la jurisdicción constitucional, como ocurrió en 2017 con el proyecto "Ley de penalización del maltrato y crueldad contra los animales", rechazado por el órgano electoral por estimarlo contrario al Derecho de la Constitución.

Por tanto, y en la misma línea de lo electoral ha recomendado, conviene regular este vacío mediante la emisión de nuevas disposiciones que autoricen realizar dicha consulta de

² Entre otras, y sin que esta mención responda a una recopilación exhaustiva, cabe citar el Código Municipal, la Ley sobre Desarrollo de la Comunidad, la Ley de Planificación Urbana, la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley de Biodiversidad, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, la Ley de Desconcentración de los Hospitales y las Clínicas de la Caja Costarricense de Seguro Social, la Ley General de la Persona Joven, la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, la Ley de Iniciativa Popular, la Ley de Regulación del Referéndum, la Ley para la Gestión Integral de los Residuos, la Ley General de Transferencia de Competencias del Poder Ejecutivo a las municipalidades, la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, la Ley de Jurisdicción Constitucional, la Ley General de Administración Pública, el Reglamento de Creación del Sistema para Procesos de Desarrollo Local Participativo (PRODELO), entre otras normas.

³ Brenes, L. (2019, Setiembre - Diciembre). Reforma para un control previo de constitucionalidad de normas referendarias [Versión electrónica]. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 150. Pág. 105-116.



constitucionalidad facultativa, o bien preceptiva, si así se considera conveniente, como justamente lo hace el proyecto bajo análisis.

En segundo lugar, el instituto del referéndum constituye un instrumento de democracia participativa que contribuye a la solidez del sistema democrático y posibilita el ejercicio de derechos civiles y políticos como el de participación en asuntos políticos y el derecho a la ciudadanía. En este sentido, considera la Defensoría que todas aquellas iniciativas legislativas que propongan su fortalecimiento, favorecen el ejercicio de los derechos humanos y desde esa perspectiva conviene apoyarlas.

En tercer lugar, la posibilidad de realizar consultas de constitucionalidad sobre proyectos sometidos a referéndum, confiere al procedimiento eleccionario seguridad y certeza jurídica, en la medida en que garantiza la conformidad del proyecto sometido a consulta popular con el Derecho Constitucional y por ende asegura su viabilidad jurídica y posterior puesta en práctica en caso de ser aprobado.

En cuarto lugar, y relacionado con lo anterior, el oportuno criterio de la Sala Constitucional acerca de la conformidad o no del proyecto con el texto constitucional, aportaría información relevante para decidir continuar o no con la consulta popular, para que sus promoventes reestructuren el proyecto si así lo consideran, y para que las y los electores cuenten con mayores elementos de análisis al momento de emitir su criterio y por ende su voto.

En quinto lugar, debe indicarse que el criterio previo de la Sala Constitucional podría representar un ahorro de múltiples recursos a varios actores. A los promotores de la iniciativa les ahorraría, en caso de que el tribunal encontrara vicios de constitucionalidad, la inversión de recursos que supone recoger las firmas de un porcentaje del padrón electoral como requisito de la consulta, y al Estado le evitaría invertir recursos materiales y humanos relacionados con la organización de la consulta, así como la tramitología posterior que implicaría consultar y anular la decisión adoptada si su contenido rozara con la Constitución.

Debe considerarse además el impacto de carácter simbólico que podría producir en el imaginario colectivo la declaratoria de inconstitucionalidad de un proyecto aprobado por esta vía, que hubiese concitado un amplio debate y una alta participación de electores, generando posiblemente un sentido de frustración que podría extenderse también a la propia figura del referéndum y debilitarla como mecanismo de participación y decisión, todo lo cual urge prevenir en la construcción de una democracia sólida y participativa. Con base en las anteriores argumentaciones se considera oportuno valorar la conveniencia de que dicha consulta se preceptiva y no facultativa.

Ahora bien, en el mismo espíritu y finalidades del proyecto de ley, las señoras y señores Diputados podrían considerar adicionar, en el artículo 101 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, elementos dentro de la redacción del mismo para que el criterio de la Sala resulte vinculante en relación con el contenido de proyectos consultados, pues en la actualidad ese artículo sólo se refiere a los que conoce de manera ordinaria la Asamblea Legislativa.

Motivos por los cuales la Defensoría de los Habitante emite el presente criterio **FAVORABLE** al proyecto de Ley expediente 22.176 denominado "***Ley para incorporar la consulta facultativa de constitucionalidad en los procesos de referéndum***", no sin antes solicitar se consideren las observaciones formuladas en el presente dictamen, todas encaminadas a fortalecer el proyecto que nos ocupa.



Para finalizar se recuerda que este proyecto igualmente debe ser llevado a consulta preceptiva de constitucionalidad, con fundamento en el artículo 96, inciso a, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

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