

San José, 03 de diciembre de 2018

DH-DAJ-1010-2018

Ericka Ugalde Camacho
Jefa Área
Comisiones Legislativas III
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

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 "Reforma a la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica, N° 7319", expediente legislativo N° 20878, 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, específicamente en lo referido a la implementación del mecanismo de elección popular del o la jerarca que se planea introducir, y a la nueva naturaleza jurídica de órgano desconcentrado. En tal razón, se realiza un análisis general en torno a estos dos grandes temas, y se efectúa un abordaje pormenorizado de la integralidad del proyecto a la luz de la legislación vigente. Asimismo, se expone 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

2. Competencia del mandato DHR

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.

De acuerdo con lo que se establece en el artículo 1 de la Ley de la Defensoría de los Habitantes, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento a dicha Ley, la institución es un órgano adscrito al Poder Legislativo, con independencia funcional, administrativa y de criterio, encargado de proteger y promocionar los derechos e intereses de los habitantes y de velar por el buen funcionamiento del sector público.

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. Antecedentes del proyecto de ley

En la exposición de motivos del expediente 20878 se hace una breve reseña de las competencias que ostenta la Defensoría de los Habitantes, en su labor de órgano contralor de legalidad de las actuaciones del sector público. Asimismo, se refieren las facultades que ostenta el Defensor o Defensora de los Habitantes, y la importancia de que esta figura se mantenga al margen de influencias políticas y/o partidarias.

En este sentido, la iniciativa plantea que la elección del Defensor o Defensora de los Habitantes, y que el Defensor o Defensora Adjunta, se realicen en la misma fecha en la que se eligen a los Alcaldes y Alcaldesas municipales, a través de un mecanismo de elección popular. Asimismo, se propone otorgarle un mayor nivel de autonomía a la institución, a través de la figura de la desconcentración de competencias.

4. Contenidos del Proyecto de Ley

En aras de facilitar la comprensión del proyecto y los cambios que se plantean a nivel normativo, se presentan los siguientes cuadros comparativos, resaltando los principales cambios que se introducen con la propuesta de reforma que aquí se analiza, tanto en la modificación a la Ley de la Defensoría de los Habitantes, N° 7319, como al Código Electoral, Ley N° 8765.

<p align="center">Texto de la ley vigente Ley N° 7319</p>	<p align="center">Texto del proyecto de ley Exp. N° 20878</p>
<p>Artículo 2.- Independencia. La Defensoría de los Habitantes de la República está adscrita al Poder Legislativo y desempeña sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio. La Asamblea Legislativa evaluará, anualmente, el funcionamiento de la Institución, mediante el informe presentado por ese funcionario, el cual se conocerá y discutirá en el capítulo que se establezca en el Reglamento de Orden,</p>	<p>Artículo 2.- Independencia La Defensoría de los Habitantes de la República es un órgano con desconcentración máxima adscrito al Poder Legislativo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como autonomía técnica y administrativa. Se regirá por las disposiciones establecidas en esta ley, sus reglamentos y las leyes que la complementen. El defensor de los habitantes de la República desempeñará sus actividades con independencia</p>

Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.	funcional, administrativa, de criterio y presupuestaria.
<p>Artículo 3.- Designación.</p> <p>La Asamblea Legislativa nombrará al Defensor de los Habitantes de la República, por un período de cuatro años, mediante mayoría absoluta de los diputados presentes. El Defensor podrá ser reelegido únicamente por un nuevo período.</p>	<p>Artículo 3- Designación</p> <p>El defensor de los habitantes de la República y el defensor adjunto serán electos popularmente mediante votación directa, que se realizará el mismo día en que se lleve a cabo la elección de los alcaldes. Tomarán posesión de sus cargos el día 1° de marzo del mismo año de su elección por un período de cuatro años, y podrán postularse para ser reelegidos por una única vez.</p> <p>El Tribunal Supremo de Elecciones será el responsable de organizar y vigilar este proceso, así como realizar el escrutinio respectivo y la declaratoria final.</p>
<p>Artículo 4.- Requisitos</p> <p>Podrá ser nombrada defensor o defensora de los habitantes de la República, la persona costarricense que se encuentre en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, que sea mayor de treinta años, con solvencia moral y profesional de prestigio reconocidos.</p> <p>Sin embargo, no podrán ser nombradas defensor o defensora de los habitantes o defensor adjunto o defensora adjunta las personas que ejerzan o hayan ejercido el cargo de diputado o diputada durante el mismo período constitucional en el que se realice el nombramiento.</p> <p>La Asamblea Legislativa designará una comisión especial que analizará los atestados de las personas que opten por el puesto de defensor o defensora de los habitantes de la República, de conformidad con lo que prescriba el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa."</p>	<p>Artículo 4- Requisitos</p> <p>Para ser electo defensor de los habitantes de la República y defensor adjunto se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1- Ser costarricense. 2- Ser mayor de treinta años. 3- Ser ciudadano en ejercicio, de reconocida solvencia moral y profesional y no haber ocupado cargos de dirección política en ningún partido político durante los ocho años anteriores a su elección. <p>4- No podrá ser elegido defensor de los habitantes de la República y defensor adjunto quien se halle ligado por parentesco de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive con un miembro de los Supremos Poderes del Estado.</p>
<p>Artículo 5.- Juramentación.</p> <p>El Defensor de los Habitantes de la República debe rendir, el juramento previsto en el artículo 194 de la Constitución Política, ante el Plenario de la Asamblea.</p>	<p>Artículo 5- Juramentación</p> <p>El defensor de los habitantes y el defensor adjunto de la República deben rendir, el juramento previsto en el artículo 194 de la Constitución Política, ante el Plenario de la Asamblea Legislativa.</p>
<p>Artículo 7.- Vacante.</p> <p>1.- La Asamblea Legislativa debe declarar</p>	<p>Artículo 7- Vacante</p> <p>El Tribunal Supremo de Elecciones debe</p>

<p>vacante el cargo de Defensor de los Habitantes de la República, cuando se presente una de las causales previstas en los incisos a), b), ch) y d) del artículo anterior.</p> <p>2.- En el caso del inciso c) del artículo anterior, el Presidente nombrará una Comisión que le dará audiencia al Defensor de los Habitantes de la República e informará a la Asamblea Legislativa, el resultado de la investigación, en el término de quince días hábiles.</p>	<p>declarar vacante el cargo de defensor de los habitantes de la República y el defensor adjunto en los casos previstos en los incisos a), b) ,c) ,d) y ch) del artículo anterior.</p>
<p>Artículo 10.- Designación y requisitos.</p> <p>1.- La Asamblea Legislativa nombrará al Defensor Adjunto, de una lista de tres candidatos propuestos por el Defensor de los Habitantes, a más tardar un mes después del nombramiento de éste. El Defensor Adjunto debe reunir los mismos requisitos exigidos para el titular.</p> <p>Asimismo, estará sujeto a lo dispuesto para el Defensor de los Habitantes de la República en los artículos 2, 4, 6 y 9 de la presente Ley.</p> <p>2.- Este funcionario será colaborador directo del Defensor de los Habitantes de la República; cumplirá las funciones que éste le asigne y lo sustituirá en sus ausencias temporales.</p>	<p>Artículo 10- Designación y requisitos</p> <p>El defensor adjunto de los habitantes se elegirá en la misma papeleta que la del defensor de los habitantes de la República.</p> <p>El defensor adjunto debe reunir los mismos requisitos exigidos para el titular. Asimismo, estará sujeto a lo dispuesto para el defensor de los habitantes de la República en los artículos 2, 4, 6 y 9 de la presente ley.</p> <p>El defensor adjunto será colaborador directo del defensor de los habitantes de la República; cumplirá las funciones que este le asigne y lo sustituirá en sus ausencias temporales.</p>
<p>Artículo 15.- Obligación de rendir informe anual.</p> <p>El Defensor de los Habitantes de la República debe rendir, anualmente, a la Asamblea Legislativa, un informe escrito, en la primera semana de junio, sobre el cumplimiento de sus labores. Y en la última semana de junio, debe comparecer ante la Asamblea Legislativa, para defender oralmente su informe.</p>	<p>Artículo 15- Obligación de rendir informe anual</p> <p>El defensor de los habitantes de la República rendirá un informe anual al país en la primera semana de junio, sobre el cumplimiento de sus labores.</p>
<p>Artículo 29.- Financiamiento.</p> <p>El financiamiento de la Defensoría de los Habitantes de la República se incluirá en el Presupuesto del Poder Legislativo.</p>	<p>Artículo 29- Financiamiento</p> <p>El financiamiento de la Defensoría de los Habitantes de la República se incluirá en el presupuesto ordinario de la República.</p>

Asimismo, la propuesta incorpora dos modificaciones puntuales al Código Electoral, las cuales se mencionan por ser complementarias a las disposiciones que refieren a realizar la elección del Defensora o Defensor de los Habitantes a través del voto popular; no obstante, se omite hacer cualquier consideración de fondo en torno a las mismas por considerarse que el órgano legitimado constitucionalmente para verter criterio por el fondo sobre el particular, es justamente el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE).

<p align="center">Texto de la ley vigente Ley N° 8765</p>	<p align="center">Texto del proyecto de ley Exp. N° 20878</p>
<p>Artículo 150.- Fecha en que se verificarán las elecciones Las elecciones para presidente, vicepresidentes y diputados(as) a la Asamblea Legislativa deberán realizarse el primer domingo de febrero del año en que deba producirse la renovación de estos funcionarios. Las elecciones municipales para elegir regidores, síndicos, alcaldes e intendentes, miembros de concejos de distrito y de los concejos municipales de distrito, con sus respectivos suplentes, se realizarán el primer domingo de febrero dos años después de la elección para presidente, vicepresidentes y diputados(as) a la Asamblea Legislativa. La renovación de todos estos cargos se hará cada cuatro años. Cuando se trate de la convocatoria a una constituyente, el TSE señalará la fecha en que ha de verificarse la elección, cuando no esté dispuesta en la ley que la convoca.</p>	<p>Artículo 2- Refórmese el artículo 150 del Código Electoral, para que diga como sigue: Las elecciones para presidente, vicepresidentes y diputados(as) a la Asamblea Legislativa deberán realizarse el primer domingo de febrero del año en que deba producirse la renovación de estos funcionarios. Las elecciones municipales para elegir regidores, síndicos, alcaldes e intendentes, miembros de concejos de distrito y de los concejos municipales de distrito, con sus respectivos suplentes, se realizarán el primer domingo de febrero dos años después de la elección para presidente, vicepresidentes y diputados(as) a la Asamblea Legislativa. La renovación de todos estos cargos se hará cada cuatro años. La elección del defensor de los habitantes de la República y el defensor adjunto se realizará de forma simultánea con las elecciones municipales. Cuando se trate de la convocatoria a una constituyente, el TSE señalará la fecha en que ha de verificarse la elección, cuando no esté dispuesta en la ley que la convoca.</p>
<p>Artículo 202.- Elección de alcalde, intendentes y síndicos El alcalde municipal, los(as) intendentes, los(as) síndicos y sus suplentes se declararán elegidos(as) por el sistema de mayoría relativa en su cantón y distrito, respectivamente. En caso de empate, se tendrá por elegido(a) el candidato(a) de mayor edad y a su respectiva suplencia.</p>	<p>Artículo 3- Refórmese también el artículo 202 del Código Electoral, para que diga como sigue: El alcalde municipal, los intendentes, los síndicos y sus suplentes se declararán elegidos por el sistema de mayoría relativa en su cantón y distrito, respectivamente. En caso de empate, se tendrá por elegido el candidato de mayor edad y a su respectiva suplencia. Asimismo, el defensor de los habitantes de la República y el defensor adjunto se declararán elegidos por el sistema de mayoría relativa. En caso de empate, se tendrá por elegido el candidato de mayor edad y a su respectiva suplencia.</p>

5. Análisis del contenido del proyecto:

La 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. Conforme con lo dicho, se procede en los siguientes términos:

a. Observaciones de carácter general.

a.1 Inconveniencia del cambio de naturaleza jurídica a la Defensoría de los Habitantes

En primera instancia, interesa señalar que la figura del Ombudsman, conocida en nuestro país como Defensor de los Habitantes, encuentra sus primeros antecedentes en el siglo XVIII. No obstante lo anterior, 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 el caso de Costa Rica, el legislador dispuso que la Defensoría de los Habitantes fuera un órgano adscrito al Poder Legislativo, 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.

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 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. De modo aún más preciso, el artículo 3 del Reglamento a la Ley de la Defensoría de los Habitantes, emitido mediante Decreto Ejecutivo N° 22266 del 15 de junio de 1993 señala lo siguiente:

"Artículo 3º- Independencia

Ni la Defensoría de los Habitantes de la República ni su titular están supeditados a órganos o funcionario alguno en asuntos de su competencia y actuarán con absoluta independencia en el cumplimiento de sus atribuciones".

En este mismo orden de ideas, interesa resaltar que sobre los alcances de la independencia que ostenta la Defensoría, la Procuraduría General de la República ha señalado lo siguiente:

"La independencia funcional significa la posibilidad de ejercicio de la competencia sin interferencias del órgano al cual se pertenece. Independencia de criterio que faculta para resolver sin sujeción a instrucciones, direcciones u órdenes emanadas del superior; es decir, la actuación de la Defensoría está fundada en la valoración que ella misma haga y no en la apreciación de la Asamblea Legislativa. Independencia administrativa dirigida a asegurar el cumplimiento propio de la competencia atribuida. Dentro del ámbito definido por la ley, la Defensoría precisa cómo ejerce su competencia legal, la distribución interna de funciones, los criterios que la

enmarcarán, etc., sin presión o sujeción alguna a la Asamblea". (Dictamen N° C-202-96 del 16 de diciembre de 1996) (El resaltado no es del original)

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 "brazo" 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.

Ahora bien, mediante el proyecto de ley que aquí se analiza, se busca variar la naturaleza jurídica que ostenta la institución, para constituir la formalmente bajo la figura de un **órgano con desconcentración máxima** adscrito al Poder Legislativo, **con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como autonomía técnica y administrativa.**

En tal virtud, interesa destacar que la Procuraduría General de la República ha definido la figura de la desconcentración, en los siguientes términos:

*"La desconcentración es un fenómeno de **transferencia de competencia en el ámbito de un mismo ente jurídico y a favor de órganos inferiores.** Consiste en transferir una competencia a un órgano distinto del jerarca, siempre dentro de la organización de un ente determinado. A contrario sensu, **no existe desconcentración si no hay transferencia de competencias en favor del órgano subordinado.** Las competencias que se transfieran deben estar en relación directa con el fin público que explica la existencia del órgano."* (Dictamen N° C-013-1991 del 28 de enero de 1991)

La desconcentración encuentra sustento normativo en el artículo 83 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, donde expresamente se señala que *"todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, **salvo desconcentración operada por ley o por reglamento**".* Con base en esta disposición, se entiende que la relación imperante entre órgano superior y órgano subordinado es la de jerarquía, siendo que de manera excepcional es posible que el superior jerárquico transfiera competencias al inferior y le otorgue un ámbito mayor de independencia, significando esto justamente que las facultades de fiscalización y supervisión que ostenta el superior, se diluyen respecto al inferior.

Dentro de las características que posee la figura de la desconcentración, es posible afirmar que se trata de una transferencia interorgánica, esto es, que se produce en el seno de una persona jurídica de derecho público y hacia el órgano desconcentrado. Asimismo, esta transferencia suele ser permanente o definitiva, en el tanto se encuentre vigente la norma objetiva legal o reglamentaria que autoriza la desconcentración.

Finalmente, mediante la desconcentración opera la transferencia de una competencia exclusiva y generalmente muy técnica, puesto que el órgano desconcentrado se crea por razones de especialización y eficacia en el ejercicio de la misma.

Ahora bien, **trasformar la naturaleza jurídica de la Defensoría y convertirlo en un órgano desconcentrado resulta a todas luces improcedente**, por cuanto como ya se indicó de previo, mediante esta figura se trasladan competencias propias de un órgano, a otro órgano distinto y de inferior rango jerárquico. En el caso particular, la Defensoría no nace a la vida jurídica como institución jerárquicamente supeditada al Poder Legislativo, tratándose en realidad de un órgano auxiliar que complementa la función de dicho órgano, pero que ostenta independencia funcional, administrativa y de criterio para analizar e investigar los asuntos sometidos a su consideración, donde podrían ubicarse incluso, actuaciones u omisiones acaecidas en el propio seno del Poder Legislativo.

En el caso particular, la creación de la Defensoría de los Habitantes no obedeció a un traslado de competencias propias del Poder Legislativo a este órgano, sino más bien, la necesaria existencia de una institución que complementara el funcionamiento de dicho Poder, realizando una labor de control de legalidad y fungiendo como garante en temas de Derechos Humanos, pero que a su vez, gozara de independencia para el desempeño de sus labores, de modo similar al que opera la Contraloría General de la República en materia presupuestaria y de control de la hacienda pública.

En este sentido, valga señalar que el funcionamiento del Poder Legislativo se halla regulado en los artículos 105 y siguientes de la Constitución Política. La Asamblea Legislativa se constituye como el órgano supremo de dicho poder, y ejerce sus funciones con autonomía reglamentaria, de gobierno propio y financiero-presupuestaria.

La Asamblea Legislativa tiene a su cargo cuatro funciones primordiales, a) la función legislativa, que consiste justamente en la elaboración de normas de carácter general, vinculantes para todos los poderes y personas, b) la función de representación política, pues los electores designan a sus representantes para que funjan como Diputados y Diputadas en la Asamblea Legislativa, c) la función deliberativa, pues el congreso se constituye como en foro público donde las opiniones de los actores políticos se expresan públicamente, y donde se delibera y se debaten los proyectos de ley, y finalmente, la función de d) control político, que principalmente se ve materializada a través de la creación de comisiones de investigación que analizan asuntos particulares.

Pese a eventuales similitudes que podrían encontrarse entre la labor de control político que tiene a su cargo la Asamblea Legislativa, y la labor que ejerce la Defensoría de los Habitantes, se tiene que ninguna de las funciones asignadas a dicho Poder abarcan o engloban las competencias de este órgano de control. **No puede hablarse de una transferencia de competencias en favor de la Defensoría, porque el Poder Legislativo no es un órgano contralor de legalidad de las actuaciones del sector público en sentido estricto**, no es una institución nacional de derechos humanos, ni tiene asignada la competencia de promoción y divulgación de derechos a las y los habitantes, siendo todas estas funciones que ejerce en lo particular la Defensoría de los Habitantes de la República.

Sobre el particular, valga señalar que la Procuraduría General de la República, con ocasión de una consulta planteada por el Ministerio de Hacienda, se refirió respecto a la naturaleza jurídica de la

Defensoría de los Habitantes, y la improcedencia jurídica de referirse a la institución como un órgano desconcentrado en sentido estricto, en los siguientes términos:

"Se ha indicado que la Defensoría es un órgano desconcentrado.

*No obstante, si se parte del concepto jurídico de desconcentración, habría que considerar que **no es correcto utilizar ese término para referirse a la Defensoría**, particularmente si se considera su integración al Poder Legislativo. En este contexto, **resulta evidente que no podría entenderse que la Asamblea Legislativa ha transferido parte de sus competencias de control a un órgano creado por ella**, de forma que exista imposibilidad jurídica -salvo los casos de avocación o recurso jerárquico- de conocer de la competencia desconcentrada. Por el contrario, en razón de la naturaleza y función propia del Parlamento, debe siempre interpretarse en favor de la posibilidad de que ejerza su control sobre cualquier punto o aspecto que considere necesario, aun sobre aquéllos acerca de los cuales la Defensoría investiga. Simplemente, es propio de la naturaleza del Parlamento controlar al Ejecutivo y a la Administración Pública. En consecuencia, la asignación de competencias presente en la Ley N. 7319 de 17 de noviembre de 1992 no puede ser comprendida como una transferencia de competencias de la Asamblea Legislativa en la Defensoría de los Habitantes. Antes bien, **éste es un órgano, un brazo de ésta en el ejercicio de sus competencias parlamentarias**, tal como algunos diputados manifestaron al crear el órgano". (Dictamen 202-96 del 16 de diciembre de 1996) (El resaltado no es del original)*

Tal como se ha señalado expresamente, **es improcedente desde el punto de vista técnico jurídico, que la naturaleza de la Defensoría de los Habitantes se transforme a la de órgano desconcentrado del Poder Legislativo**, en primera instancia porque dicho Poder no funge como superior jerárquico de la Defensoría, y en segunda instancia porque las competencias que ostenta esta institución no le corresponden al Legislativo, y en tal virtud, no resulta posible realizar una transferencia de competencias que no se poseen. El marco competencial y las atribuciones asignadas por el legislador a la Defensoría de los Habitantes no son las propias del Poder Legislativo, ambos órganos ostentan competencias distintas y por ende, no es posible hablar de una transferencia de competencias en los términos que se ha entendido dentro del ámbito del Derecho Público.

Finalmente, es menester señalar que el proyecto de ley en cuestión propone que el órgano desconcentrado que pasaría a ser la Defensoría, cuente con personalidad jurídica y patrimonio propio. Sin pretender ahondar en aspectos de carácter meramente técnico como resulta ser el tema presupuestario, valga señalar que la idoneidad de esta figura ha sido cuestionada a nivel jurisprudencial, por considerarse que se está incurriendo en una excesiva atomización del aparato estatal donde se busca diluir las facultades de supervisión en cuanto al destino del presupuesto público. En este sentido, la Procuraduría General de la República ha señalado lo siguiente:

"...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 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." (Opinión Jurídica N° OJ-108-2008 del 20 de octubre de 2008)

En este sentido, considera la Defensoría que resulta importante revisar la conveniencia de esta atribución de personalidad jurídica y patrimonio propio que se le endilga a la institución, máxime en un contexto de austeridad y atención de las finanzas públicas como en el que se halla sumido el Estado actualmente.

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

Sobre el particular, interesa señalar que la Defensoría ya se pronunció sobre una iniciativa legislativa tendente a impulsar la elección del Defensor o Defensora de los Habitantes mediante voto popular, la cual se tramita bajo expediente N° 19547. En tal virtud, mediante oficio N° DH-DAJ-0938-2018 del 6 de noviembre de 2018, se externó al respecto lo siguiente:

"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".

La importancia del mecanismo de votación popular se sustenta en los principios democráticos, de representación, participación política y soberanía popular. A través de este importante mecanismo, el pueblo se halla legitimado para elegir a los detentadores del poder, a sus representantes en los gobiernos locales, la Asamblea Legislativa y a los jefes del Poder Ejecutivo, quienes estarán facultados para la toma de decisiones con miras a satisfacer el interés público y alcanzar el bien común, todo dentro del marco de legalidad que el propio ordenamiento jurídico establece.

En este sentido, los mecanismos de elección popular se han constituido como componentes esenciales dentro del Estado Democrático de Derecho, para elegir a las personas que tendrán a su cargo la toma de decisiones importantes para el país, facultad que está comprendida dentro del marco competencial que corresponde a la Administración activa.

Por su parte, la labor que ejerce la Defensoría de los Habitantes difiere de las competencias asignadas a los supremos poderes. A la Defensoría le corresponde ejercer una labor de control de la actividad de la Administración Pública, y debe velar porque sus actuaciones se ajusten a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, ampliamente entendido. La institución se ha constituido como un mecanismo alternativo a las vías jurisdiccionales, a través del cual se busca velar por el cumplimiento de los derechos de los administrados de manera efectiva y eficiente, así como desentramar la labor que ejercen los Tribunales de Justicia. Desde toda óptica, la función que ejerce la Defensoría es esencialmente de supervisión y control, sin dejar de lado la competencia que en materia de difusión y divulgación de derechos debe asumir.

Si bien la "magistratura de influencia" que ostenta el Ombudsman se sustenta en buena medida en su legitimidad y la apreciación favorable que la población posea de la persona y de su gestión, lo cierto del caso es que en no pocas ocasiones, el Defensor o Defensora de los Habitantes deberá asumir compromisos y luchas en favor de poblaciones vulnerables o históricamente discriminadas, aún y cuando esto pueda significar ir en contra de las opiniones que sostienen la mayoría de habitantes.

En este punto, valga hacer un parangón con el asunto conocido en la resolución N° 013313-2010 del 10 de agosto de 2010, mediante la cual la Sala Constitucional anuló la resolución del TSE que autorizó la recolección de firmas para convocar a un referéndum sobre la ley de unión civil entre personas del mismo sexo, justamente por considerar que resultaba inviable someter a consideración de una mayoría, derechos que refieren a una población históricamente discriminada. Justamente, en materia de derechos humanos es frecuente que existan asuntos que polarizan a la sociedad, siendo que el otorgarle al electorado la posibilidad de decidir sobre los derechos de una población determinada, resultaría improcedente de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De igual forma, someter a consideración popular la elección del Defensor o Defensora de los Habitantes podría significar que el electorado se incline hacia un determinado candidato o candidata afín a sus convicciones internas. Considerando que a través del mecanismo de la votación popular, las elecciones se adoptan por mayoría, una elección de esta naturaleza podría significar que la persona jefa de la institución resulte afín a los deseos e intereses de la colectividad de electores que lo designen, indistintamente de si sus posiciones resulten o no acorde con lo que propugnan los

derechos humanos, que son para todos y todas, indistintamente de su credo, pensamiento, origen, raza, preferencia sexual, edad, género, etc.

Ahora bien, aunque esta Defensoría considera inconveniente la implementación de un mecanismo de elección popular para designar al jerarca de la institución, sí se reconoce la importancia de mejorar el proceso de elección que tiene a cargo la Asamblea Legislativa, de modo que pueda incorporarse la participación de la sociedad civil y de diversos sectores con conocimiento en la materia. En este sentido, tal como se desarrolló en el criterio jurídico emitido mediante oficio DH-DAJ-0938-2018 del 6 de noviembre de 2018 con ocasión del proyecto de ley N° 19547, 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 Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos con sustento en el principio B.1 de los Principios de París 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.

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."¹ (El resaltado no es del original)

Como puede observarse a partir de la recomendación que se efectúa por parte de este importante organismo internacional especializado, más que una elección popular que abarque al electorado, se

¹ 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>

aboga 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.

De conformidad con los criterios previamente esbozados, esta Defensoría solicita de manera respetuosa a los honorables Diputados y Diputadas, que replanteen la iniciativa mediante la cual pretenden impulsar una elección del Defensor o Defensora de los Habitantes a través del voto popular, en procura de mantener este proceso en manos de la Asamblea Legislativa, pero incorporando mecanismos de participación ciudadana que permitan a las y los habitantes manifestarse y externar su parecer en torno a la persona o personas que consideran poseen el perfil para estar al frente de esta institución.

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.

Respecto a la modificación referente al **artículo 4**, valga indicar que en el proyecto se propone incluir un nuevo requerimiento para quien ocupe el cargo de Defensor o Defensora de los Habitantes y Defensor o Defensora Adjunta, siendo este que dichas personas no estén ligadas por parentesco de consanguinidad o afinidad, hasta tercer grado inclusive, con un miembro de los supremos poderes del Estado.

Si bien esta Defensoría avala la existencia de este requisito, en aras de tutelar una mayor objetividad e imparcialidad en el ejercicio del cargo, y evitar la existencia de un conflicto de interés que pueda comprometer el ejercicio de la función que recae en este órgano, es importante resaltar que con la reforma se está eliminando un requisito, que fuere incorporado mediante Ley N° 9267 del 19 de agosto del 2014, y que refiere a un ejercicio previo del cargo de Diputado o Diputada.

En este sentido, en la exposición de motivos del expediente legislativo N° 18339, a través del cual se aprobó la Ley N° 9267, se indicó que la reforma tendente a establecer que no podrían ser nombrados como Defensor o Defensora las personas que ocupen o hayan ocupado el cargo de Diputado o Diputada durante el mismo período constitucional en el que se realice el nombramiento, devenía necesaria a efectos de garantizar mayor transparencia en el proceso de nombramiento de esta persona, procurando su mayor independencia política posible, respecto a partidos políticos y en relación con los distintos poderes del Estado.

Así las cosas, debe esta Defensoría resaltar el hecho de que con la reforma que se impulsa se está eliminando el requisito previamente adicionado mediante Ley N° 9267, lo cual significa un debilitamiento en cuanto al perfil deseado del Defensor o Defensora de los Habitantes, quien como ya se indicó, debe regir su labor en torno a principios de independencia y objetividad.

En cuanto al **artículo 5**, valga resaltar que se incorpora en el texto de ley la necesaria juramentación del Defensor o Defensora Adjunta, la cual al día de hoy siempre se ha realizado, no obstante, resulta conveniente su formalización en la normativa.

En el **artículo 15** se modifica lo referente a la rendición del informe anual, siendo que se sustituye el deber de rendirlo ante la Asamblea, por la obligatoriedad de rendirlo "ante el país". Dada la generalidad de esta disposición, se omite señalar cómo debe entenderse la misma, a través de qué canales, por cuáles mecanismos, etc.

Valga indicar que hasta el día de hoy, el informe anual siempre se ha hecho de conocimiento de toda la población, no obstante se parte de que su presentación formal debe realizarse ante el parlamento, a efectos de que este eventualmente pueda impulsar proyectos de ley en procura de buscar soluciones a las distintas problemáticas que la Defensoría pudiere haber detectado en el desarrollo de sus investigaciones.

Así las cosas, aunque se comprende que el espíritu de esta propuesta específica resulta a tono con las disposiciones normativas del proyecto que propugnan dotar a la institución de un mayor nivel de autonomía, lo cierto del caso es que la generalidad y vaguedad de dicho precepto puede llegar a significar un debilitamiento de este deber, en perjuicio de las y los habitantes que están en procura de soluciones a los problemas que los aquejan.

Finalmente, en lo referido al **artículo 29**, valga indicar que se modifica el tema del financiamiento de la Defensoría, indicando que el mismo se incluirá dentro del presupuesto ordinario de la República, pero sin realizar mayor precisión en cuanto al origen de estos fondos. Se considera que la generalidad de esta disposición, lejos de fortalecer el funcionamiento de esta institución, podría significar su debilitamiento por una eventual dotación de fondos para el cumplimiento de sus funciones.

c. 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.

Tal como se señaló en el criterio vertido mediante oficio N° DH-DAJ-093-2018, resulta importante resaltar 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 Política².

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 blindará 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 público³, así como uno

² 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>

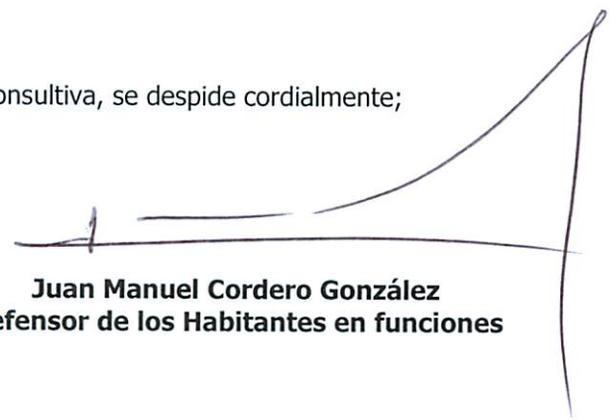
³ La doctrina refiere a este potencial peligro de ausencia de una base constitucional en los siguientes términos: "Las INDH que cuentan únicamente con una base legislativa satisfacen también los Principios de París. No obstante, podría recurrirse a la utilización de procedimientos legislativos para debilitar una institución con

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.

En tal virtud, si bien esta Defensoría reconoce el esfuerzo legislativo manifiesto en esta y otras iniciativas que propugnan por un fortalecimiento de la institución, se considera que una reforma a la Constitución Política, que constitucionalice la institución, debería valorarse como la primera y más importante acción orientada a su fortalecimiento, 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 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, se despide cordialmente;


Juan Manuel Cordero González
Defensor de los Habitantes en funciones



c. archivo