

San José, 28 de setiembre de 2020

DH-846-2020

Señor

Daniela Agüero Bermúdez, Jefe Área

Área de Comisiones Legislativas VII

COMISION-JURIDICOS@asamblea.go.cr/dab@asamblea.go.cr

Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación al proyecto: N.º 21.828 denominado: **"TRASLADO DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS (PRODHAB) A LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES Y REFORMA DE VARIOS ARTÍCULOS DE LA LEY N.º 8968, LEY PROTECCIÓN DE LA PERSONA FRENTE AL TRATAMIENTO DE SUS DATOS PERSONALES, DEL 07 DE JULIO DEL 2011."**, lo descrito según estudio realizado por la Dirección de Gobernanza Pública en coordinación con la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Defensoría de los Habitantes de la República, en los siguientes términos:

1.- Resumen Ejecutivo:

La Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales (Ley 8968), significó un enorme avance para la protección de la autodeterminación informativa de las personas (artículo 24 de la Constitución Política), tomando en cuenta que la utilización de la información privada que se encuentra protegida a nivel constitucional, implica la aprobación de una ley para regular la restricción de los derechos y libertades fundamentales. Dicho de otro modo, el régimen jurídico de los derechos constitucionales constituye una materia reservada a la Ley.

En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia^[1] de la Sala Constitucional, la delimitación del contenido del derecho de autodeterminación informativa, implica que para que la información sea almacenada de forma legítima, se debe cumplir al menos, con los siguientes requisitos:

- No debe versar sobre información de carácter estrictamente privado o de la esfera íntima de las personas.
- Debe ser información exacta y veraz.

- La persona tiene el derecho de conocer la información y exigir que sea rectificadas, actualizadas, complementadas o suprimidas, cuando sea incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para un fin distinto del que legítimamente puede cumplir.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, podemos encontrar cuatro tipos o rangos de protección de la información, que posteriormente fueron desarrollados también por la Ley N.º 8968:

- 1- Datos íntimos y sensibles (Datos sensibles según ley N.º 8968). Es la información que concierne únicamente a su titular y cuyo acceso es prohibido y requiere de autorización expresa de la persona, tales como la orientación ideológica, fe religiosa, preferencias sexuales, origen racial, opiniones políticas, condición socioeconómica, información biomédica o genética, comunicaciones escritas, electrónicas, etc.
- 2- Datos privados que no forman parte del fuero íntimo y que se encuentran en registros públicos o privados, pero que no necesariamente tienen el carácter de información pública (Datos personales de acceso restringido según ley N.º 8968). En estos casos el acceso a esta información no está prohibida pero sí es de acceso restringido para las Administraciones Públicas. Ejemplo: información en expedientes médicos y en expedientes administrativos.
- 3- Datos privados de la persona que no constituyen datos íntimos o sensibles y que podrían tener eventualmente, interés para algunos sectores, como por ejemplo el comercio. El acceso a esta información no requiere de aprobación del titular para su obtención, almacenamiento o difusión. Sin embargo, el manejo y resguardo de esa información, sí tiene restricciones para garantizar la integridad, veracidad, exactitud y empleo adecuado de los datos.
- 4- Datos personales con un evidente interés público (Datos personales de acceso irrestricto según ley N.º 8968). Deben cumplir con las mismas reglas para el resguardo y manejo de los datos, que en las clasificaciones anteriores.

Tomando en cuenta lo anterior y entendiendo que la información estadística es fundamental para la elaboración de políticas públicas, se considera necesario delimitar lo indicado en los incisos e) y f) del artículo 8 de la Ley N.º 8968, precisando que la prestación de servicios públicos y la actividad ordinaria de la Administración debe darse en estricto apego a las competencias atribuidas por la ley a cada ente u órgano público garantizando que el acceso a información sensible solo puede darse si una Ley de la República expresamente lo autoriza para fines públicos legítimos, limitados estrictamente al ámbito de las competencias de cada institución, rechazándose la utilización indiscriminada de datos privados por cualquier autoridad pública.

Asimismo, esta iniciativa de ley propone, el traslado de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (Prodhav), del Ministerio de Justicia y Paz a la Defensoría de los Habitantes, con la finalidad de darle mayor independencia a dicha agencia especializada frente al Gobierno de la



República, siempre manteniendo las competencias y obligatoriedad en el cumplimiento de sus resoluciones, como cualquier órgano de la Administración Pública que lleva un proceso administrativo.

1. Normas jurídicas relacionadas.

Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley 8968.

Ley de la Defensoría de los Habitantes, Ley 7319.

Ley General de la Administración Pública, N° 6227.

Constitución Política.

2.- Consideraciones generales

En primera instancia es necesario reconocer la importancia de dotar de mayor independencia a la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (PRODHAB), sobre todo de cara a situaciones que vinculan al propio Poder Ejecutivo, del cual dicha Agencia forma parte al fungir actualmente como un órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia y Paz.

No obstante, se considera necesario revisar los términos en los cuales está planteada esta propuesta, especialmente porque establece la creación de un órgano desconcentrado dentro de la Defensoría, lo cual vendría a debilitar el principio de jerarquía y supone una mayor atomización de la institución, como en adelante se indicará.

Asimismo, algunas de las atribuciones que posee actualmente la PRODHAB en razón de lo dispuesto en la Ley N° 8968, Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, refieren a competencias propias de la administración activa, las cuales riñen con la naturaleza de órgano contralor de legalidad de las actuaciones del sector público que ostenta la Defensoría de acuerdo a la Ley 7319, Ley de la Defensoría de los Habitantes.

3.- Observaciones respecto al artículo 1 del proyecto

En el artículo 1 del proyecto de ley sometido a consulta se propone trasladar la PRODHAB del Ministerio de Justicia y Paz a la Defensoría de los Habitantes, manteniendo su naturaleza jurídica y sus competencias legales. Del proyecto no se extrae ninguna modificación al artículo 16 de la Ley N° 8968, de lo cual se desprende que las atribuciones que hoy en día posee las PRODHAB se mantienen incólumes, trasladándose de esta forma una serie de competencias propias de la administración activa, a un órgano que tiene una naturaleza fiscalizadora y de supervisión, como es la Defensoría de los Habitantes.



Sobre el particular, interesa recordar que 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", "advertencias públicas", "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 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 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 1 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, en lo que interesa, 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 patria en los siguientes términos¹:

*“...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*

¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I. Voto No. 293-2005, del 22 de julio de 2005.



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". (El resaltado no es del original)

Tal como se desprende de lo anterior, 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. 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 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, a la luz de las anteriores consideraciones, y analizando lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N° 8968, resulta **jurídicamente inviable que la Defensoría asuma, así sea a través de un órgano desconcentrado, labores propias de la Administración activa como las que ahí se describen, sean girar órdenes, imponer sanciones, emitir directrices y normativa aplicable tanto a sujetos públicos como privados, etc.** Dichas labores encuadran dentro de la labor ordinaria de la Administración activa, ámbito de acción que le fue vedado vía ley a la institución (artículo 14 párrafo primero de la Ley 7319 referido anteriormente) en procura justamente de garantizar la objetividad e imparcialidad del órgano en su ejercicio de contralor de legalidad.

El hecho de que un órgano adscrito a la Defensoría participe activamente en la elaboración de instrumentos normativos o la realización de conductas propias de la administración activa, podría conllevar una pérdida de objetividad, por cuanto eventualmente la Defensoría podría tener que realizar una labor de control y/o fiscalización respecto a los actos que dicho órgano realice, con lo

cual no sólo se estaría contraviniendo lo dispuesto en su ley de creación, sino que además se perdería legitimación para analizar una actuación de la cual un órgano adscrito formó parte de manera activa.

Por otra parte, debe entenderse que de conformidad con lo que dispone el artículo 14 párrafo de la Ley de la Defensoría, la institución está llamada a emitir **recomendaciones**, cuando tenga conocimiento de una ilegalidad o una arbitrariedad en las actuaciones del sector público.

Bajo este orden de ideas, es dable afirmar que el legislador no hizo diferenciación respecto a la no vinculancia de los criterios que emanan de la Defensoría. Por ello, se entiende que, si las recomendaciones que emite este órgano una vez llevada a cabo una investigación no poseen un carácter vinculante, con mucha más razón no podría ser vinculante la emisión de actos propios de la administración activa que como tales, se encuentran fuera del ámbito de competencias que ostenta la institución.

Sobre el particular, valga señalar que la Procuraduría General de la República ha indicado lo siguiente:

*"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**"² (El resaltado no es del original)*

Siendo así las cosas, la Defensoría no ostenta la facultad legal de asumir las competencias propias de la administración activa consagradas en el artículo 16 de la Ley N° 8968, en primera instancia porque contraviene lo dispuesto en el artículo 14 párrafo segundo de la Ley 7319, en segundo lugar porque significa una vulneración al principio de separación de poderes consagrado constitucionalmente, y tercero, porque la Defensoría no puede emitir disposiciones de carácter vinculante a otros órganos del Estado, susceptibles de crear estado. Dicho en otras palabras, el traslado de competencias propias de la Administración activa a un órgano desconcentrado de la

² Procuraduría General de la República. Dictamen No. C-197-2002 del 9 de agosto de 2002.



Defensoría, riñe con la naturaleza de órgano contralor de legalidad de las actuaciones del sector pública que esta ostenta.

4.- Observaciones respecto al artículo 2 del proyecto, mediante el cual se reforma el artículo 15 de la Ley N° 8968

El proyecto propone modificar el artículo 15 de la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, creando un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Defensoría de los Habitantes, denominado Agencia de Protección de Datos de las y los Habitantes (PRODHAB). Este órgano tendría personalidad jurídica instrumental propia en el desempeño de las funciones que le asigna esta ley, además de la administración de sus recursos y presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

Sobre el particular, es importante recordar que la Asamblea Legislativa, con base en lo dispuesto en los artículos 121 incisos 1º, 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 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, cuyas 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”.*³

Ahora bien, mediante el proyecto de ley que aquí se analiza, se pretende crear un órgano adscrito a la Defensoría de los Habitantes, la 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 República⁴, 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 competencias propias de la Administración activa en materia de protección de datos se considera inconveniente e inviable 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 establece 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 presente proyecto de ley.

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 crear o trasladar 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

³ Ver sentencia 291-2002 dictada por la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo, donde se cita el voto salvado emitido por el Dr. Oscar Camacho González en resolución 336-2000 de las 16 horas del 31 de octubre del 2000.

⁴ En este sentido, ver dictamen C-159-96 de 25 de setiembre de 1996



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.

Sumado a lo anterior, surge el inconveniente de que, ante eventuales denuncias que se presenten por habitantes contra la PRODHAB como órgano adscrito a la Defensoría, la propia institución deba emitir recomendaciones dirigidas al órgano menor desconcentrado, lo cual a todas luces riñe con la naturaleza jurídica de la desconcentración.

Por lo que se considera que en la forma en la que se encuentra estructurado actualmente el proyecto el mismo no resulta procedente.

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

Cordialmente,

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

REV: JPR