**ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA**

**COMISIÓN PERMANENTE ORDINARIA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN**

# REFORMA A LA LEY DE LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, N° 7319

**EXPEDIENTE N.° 20.878**

**DICTAMEN NEGATIVO DE MAYORÍA**
**10 DE SETIEMBRE DE 2019**

**SEGUNDA LEGISLATURA**
**DEL1° DE MAYO DE 2019 AL 30 DE ABRIL DE 2020**

**SEGUNDO PERÍODO DE SESIONES ORDINARIAS**
**DEL 1° SETIEMBRE AL 30 DE NOVIEMBRE 2019**

**ÁREA DE COMISIONES LEGIALTIVAS III**
**DEPARTAMENTO DE COMISIONES LEGISLATIVAS**

## DICTAMEN NEGATIVO DE MAYORÍA

## "REFORMA A LA LEY DE LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, N° 7319"

**Expediente N° 20.878**

## ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Los suscritos diputados y diputadas, miembros de la Comisión Permanente Ordinaria de Gobierno y Administración, rendimos el presente DICTAMEN NEGATIVO DE MAYORÍA del Proyecto de Ley Nº 20.878 **"REFORMA A LA LEY DE LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, N° 7319"**, iniciativa de varios diputados del Partido Integración Nacional, iniciado el 26 de junio del 2018, publicado en el Diario Oficial La Gaceta Nº 143, Alcance Nº 142 del 08 de agosto del 2018, basados en las siguientes razones:

### I.- RESUMEN DEL PROYECTO

Propone modificar varios artículos de la Ley de la Defensoría de los Habitantes, Ley N° 7319 y dos artículos del Código Electoral, Ley N°8765, con el fin de que tanto el Defensor o Defensora y el Defensor o Defensora Adjunto sean electos por voto popular, en las elecciones municipales que se realizan cada 4 años. De igual forma pretende modificar la naturaleza jurídica de la institución como un órgano con desconcentración máxima, entre otros aspectos complementarios.

### II.- INFORME DE SERVICIOS TÉCNICOS[1].

El informe del Departamento de Servicios Técnicos destaca varios argumentos de fondo y de forma sobre el articulado del proyecto; sin embargo, para efectos de este informe extraemos argumentos sobre dos aspectos fundamentales: convertir la DHR en un órgano con desconcentración máxima y la elección por voto popular del Defensor o Defensora y el Defensor o Defensora Adjunto.

[1] Extractos tomados textualmente del informe del Departamento de Servicios Técnicos.

DHR COMO ORGANO CON DESCONCENTRACIÓN MÁXIMA

***Desconcentración Administrativa Máxima***

"…Esta calificación o condición que otorga el legislador a determinado órgano, es una competencia que se brinda con el fin de buscar eficiencia en las funciones que le han sido encomendado. Al respecto, la Procuraduría General de la República ha señalado:

> *"La desconcentración es una técnica de distribución de competencias en favor de órganos de una misma persona jurídica, por la cual un órgano inferior se ve atribuida una competencia en forma exclusiva, para que la ejerza como propia, en nombre propio y bajo su propia responsabilidad.*
>
> *Ahora bien, no se trata de cualquier tipo de competencia, sino de una competencia para resolver, para decidir en forma definitiva sobre una materia determinada por el ordenamiento. Esta atribución se funda en la necesidad de especializar ciertos órganos en materias específicas, de manera que se satisfagan en mejor forma los cometidos públicos. Desde esa perspectiva, desconcentrar es especializar funcionalmente determinados órganos, sin que se desliguen orgánicamente tales competencias de la estructura originaria." (Dictamen C-159-96, del 25 de setiembre de 1996. Lo sub lineado no es del original).*

Tal y como se menciona con este tipo de competencias, se busca lograr una especialización, con ello se aspira a brindar una mejor respuesta a los requerimientos sociales.

Consecuentemente la desconcentración máxima que se le otorga a un órgano, - y tal como lo pretende el proyecto- viene a fijar competencias que serán exclusivas, lo que implica un límite a la jerarquía que pueda tener el jerarca del ente.

En cuanto a esta condición de desconcentración máxima es importante tener presente lo señalado por la Procuraduría General de la República:

> *"En la desconcentración máxima se dan las tres características principales o fundamentales de una total independencia de acción por parte del inferior, que son*

> *imposibilidad del superior de avocar la acción del inferior, imposibilidad de revisarla, e incluso, imposibilidad de dar órdenes y circulares al inferior."*[2]

Tal y como se puede determinar, se trata del establecimiento en favor del órgano de una independencia con respecto del jerarca, a un grado que en caso de duda en cuanto a competencias, se debe interpretar en favor del órgano, situación que supone la especialización para lograr los cometidos que se le puedan haber asignado.

***Naturaleza jurídica de la Defensoría de los Habitantes***

Ello es, un órgano contralor que forma parte del Poder Legislativo, cuyo fin es velar porque las actuaciones del sector púbico se ajusten al ordenamiento jurídico y la moral.

Se establece con claridad que no es un ente o persona jurídica de derecho público, que pueda ser sujeta de derechos y obligaciones. Es decir, carece de personalidad jurídica. Sobre este tema la Procuraduría General de la República[3], señaló:

> *"Del examen del ordenamiento, se deriva en forma indubitable que no fue intención del legislador el crear la Defensoría de los Habitantes como persona jurídica. Por el contrario, se le creó como un órgano más del Estado, "adscrito" al Poder Legislativo.*
>
> *En tanto órgano, los poderes y deberes que le han sido reconocidos a la Defensoría no le son imputables en último término ni son definitivos, sino que están referidos al Estado: el órgano es medio para trasladar conductas y efectos jurídicos a la persona jurídica, que en este caso no es otra que el Estado.*
>
> *Por consiguiente, la Defensoría es un órgano más de la persona jurídica Estado.*
>
> *Consecuentemente, carece de todo fundamento jurídico la afirmación de que goza de personalidad jurídica." (El destacado es propio)*

[2] Dictamen C-016-2015 de 5 de febrero de 2015.
[3] C-202-96

El señalamiento es claro y preciso, en cuanto a que la Defensoría no es un sujeto de derecho público, sino se trata de un órgano, como tal no cuenta con personalidad jurídica, que le permitan ser sujeto de derechos y obligaciones.

A pesar de que es un órgano adscrito al Poder Legislativo y que goza de independencia, no es un órgano desconcentrado y su independencia encuentra ciertas limitaciones. De modo que no es una independencia absoluta, ya que se circunscribe a su competencia legalmente otorgada por su ley".

(…)

"Esta asesoría llama la atención en cuanto a la confusión de conceptos que contiene la propuesta, sobre si se le otorga la condición de órgano con desconcentración máxima, esto es que estamos en presencia de un órgano, no obstante, no puede tener personalidad jurídica plena, propia de los entes, que son sujetos de derecho público, al que se le puedan imputar derechos y obligaciones.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, otorgarle la desconcentración máxima a la Defensoría, implica que tendrá independencia, en cuanto a la competencia desconcentrada, pero en todo lo demás la Defensoría se encontraría sujeta a la jerarquía, que en la situación en estudio guardaría subordinación a la Asamblea Legislativa, por cuanto se guarda un poder de vigilancia o fiscalización disciplinaria así como la resolución de conflictos de competencia, esto según lo dispone la misma ley N.° 6227, Ley General de la Administración Pública, de 28 de abril de 1978[4].

Establecido lo anterior, se puede afirmar que la propuesta no le otorga personalidad jurídica a la Defensoría de los Habitantes, situación que le permitiría ser sujeto de derecho público con derechos y obligaciones. Sino que lo que se establece es una subordinación jerárquica con respecto a la Asamblea, pero con un mayor límite a la relación de jerarquía, que vendría a impedir al jerarca, en este caso a la Asamblea Legislativa, las potestades de mando así como de instrucción".

[4] "Artículo 105.- La potestad de ordenar y dirigir la conducta del inferior mediante órdenes, instrucciones o circulares será necesaria y suficiente para la existencia de la relación jerárquica, salvo limitaciones, expresas del ordenamiento.
2. Las otras potestades arriba enunciadas podrán darse sin que exista la jerárquica, pero su presencia hará presumir ésta, salvo que de la naturaleza de la situación o de su régimen de conjunto se desprenda lo contrario." (El destacado es propio)

ELECCIÓN POR VOTO POPULAR

La doctrina internacional acerca del Defensor del Pueblo u Ombudsman apuesta a que sean los cuerpos colegiados (congresos, parlamentos, asambleas y consejos) que expresan la voluntad popular los que designen al Defensor del Pueblo u Ombudsman.

Algunas razones se exponen a continuación:

(…)

- Indica la doctrina internacional que el Defensor del Pueblo requiere de neutralidad política, sus recomendaciones y opiniones deben responder a la prudencia y a la autoridad moral, con el objetivo de fortalecer su legitimidad frente a la administración pública y frente a los ciudadanos que exigen que sus derechos sean respetados. Las decisiones de la Defensoría no pueden ser sujetas de duda o sospecha de intencionalidad política, de complacencias o de favorecimientos evidentes.
- El Defensor del Pueblo u Ombudsman no debe ser expresión de la voluntad de una parte de la ciudadanía, así sea mayoritaria, sino que debe ser la expresión de un consenso entre la mayoría de las fuerzas representativas de la sociedad.
- La elección directa del Defensor del Pueblo por parte del cuerpo legislativo es una tradición que se origina en la Constitución Sueca del año 1809. Esta tradición se ha mantenido invariable desde esa fecha al presente en los países de cultura política cercana al common law, figura que se conoce dentro de esta tradición como "Parlamentary Commisioner".
- La forma de elección del Defensor del Pueblo por la vía parlamentaria no debería modificarse atendiendo a las exigencias de la coyuntura social y política debido a que esta modalidad no ha sido superada hasta el día de hoy.[5]

(…)

En cuanto al artículo 3 de la iniciativa, "…surgen una serie de interrogantes a esta asesoría, como es la ausencia de regulación en todas las diferentes vicisitudes que puede conllevar un proceso de elección de funcionarios de este rango como lo es el defensor titular y el adjunto.

[5] Ibid, página 262.

Debe tomarse en cuenta que hay ausencia de regulaciones sobre temas de propaganda, financiamiento, fiscales, papelería para el día de la elección, quien la puede retirar, miembros de mesa, regulación de espacios políticos, y tantos otros temas que parece conveniente definir, pero no son contemplados en la propuesta.

Esta asesoría llama la atención de lo difícil que podría ser para el elector, poder emitir su voto, con una papeleta con dimensiones amplias dada la cantidad de nombres como de imágenes o fotografías (si es que así, se dispone) que deben ser incluidos, como son los nombres de los candidatos titulares y adjuntos. Lo anterior por cuanto, la inscripción es a nivel nacional y en forma personal, esto es que no sería a través de una agrupación política.

La iniciativa parece ser omisa en cuanto a los diferentes temas de un proceso electoral tan particular como se propone pero que es preciso su regulación. No hacerlo tornaría inviable la aplicación de la iniciativa.

Otro aspecto que no podemos dejar de señalar es que el numeral 8[6] de la Ley N° 7319, mantiene que la elección del Defensor de los Habitantes deberá realizarse dentro del mes siguiente al nombramiento del Defensor titular, por parte de la Asamblea Legislativa, lo que es contrario a lo que se pretende regular en el artículo 3 propuesto, como es que sea su elección mediante votación popular. La contradicción resulta evidente entre la propuesta que pretende, que sea mediante elección popular el mismo día en que se llevan a cabo las elecciones de las autoridades municipales y el mismo numeral 8 vigente que dispone que la elección sea en el mes anterior al vencimiento de su período".

ASPECTOS DE TRÁMITE

Si pese a las observaciones señaladas tanto de fondo como de técnica legislativa, es intención del legislador aprobar la propuesta, se debe cumplir con lo siguiente.

[6] "Artículo 8.- Oportunidad del nombramiento.
El nombramiento del Defensor de los Habitantes de la República debe hacerse dentro del mes anterior al vencimiento de su período o a partir de la vacante del cargo" (el subrayado es propio

## Votación

Tal y como lo dispone la Constitución Política en su numeral 119, la presente iniciativa para ser aprobada requiere contar con mayoría absoluta de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa. En caso de que el Tribunal Supremo de Elecciones en la consulta preceptiva que debe formularse, manifieste su desacuerdo, la Asamblea Legislativa para apartarse del criterio, deberá contar con una votación de dos terceras partes del total de sus integrantes.[7]

## Delegación

De conformidad con el artículo 124 párrafo 3 de la Carta Fundamental, y por no encontrarse dentro de los presupuestos que se disponen, puede ser delegado su conocimiento en una Comisión con Potestad Legislativa Plena. De acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, en caso de que el Tribunal Supremo de Elecciones manifieste su disconformidad, por requerir la mayoría que se indica para apartarse del criterio, esto es dos terceras partes del total de sus miembros para su aprobación, no podría ser delegado.

## Consultas obligatorias

- Tribunal Supremo de Elecciones.

## Facultativas

- Defensoría de los Habitantes.
- Municipalidades del país.

[7] "Artículo 97.- Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a materias electorales, la Asamblea Legislativa deberá consultar al Tribunal Supremo de Elecciones; para apartarse de su opinión se necesitará el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros.
Dentro de los seis meses anteriores y los cuatro posteriores a la celebración de una elección popular, la Asamblea Legislativa no podrá, sin embargo, convertir en leyes los proyectos sobre dichas materias respecto de los cuales el Tribunal Supremo de Elecciones se hubiese manifestado en desacuerdo."

## III.- CONSULTAS REALIZADAS.

Este proyecto de ley fue consultado por moción aprobada el 24 de octubre de 2018, a todas las Municipalidades del país, la Defensoría de los Habitantes, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República y el Tribunal Supremo de Elecciones.

Las respuestas más importantes por ser las instituciones directamente afectadas, fueron negativas por parte de la Defensoría de los Habitantes y el Tribunal Supremo de Elecciones; destacando los siguientes argumentos:

### Tribunal Supremo de Elecciones

En oficio TSE-2164-2018 con fecha 08 de noviembre de 2018, el señor Luis Antonio Sobrado González, en su calidad de Magistrado Presidente, comunica la oposición de la institución que representa, argumentando:

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

*…En criterio de este Tribunal, el carácter electivo que pretende darse a los cargos de Defensor y Defensor Adjunto de los Habitantes no parece justificarse, toda vez que la naturaleza electiva, por disposición constitucional, le es propia a los gobernantes miembros de los Supremos Poderes –Ejecutivo y Legislativo- y a los gobernantes a nivel local –municipalidades y concejos municipales de distrito-, de ahí que cualquier disposición a nivel legal en el sentido de establecer como de elección popular un cargo diverso a los señalados, sería contrario a esa lógica constitucional, requiriéndose de reforma en tal sentido.*

*Como segunda razón para objetar el proyecto consultado, cabe indicar que por su naturaleza y carácter esencial, la Defensoría de los Habitantes de la República constituye un órgano adscrito a la Asamblea Legislativa, encargado de proteger y velar por los derechos e intereses de los habitantes, razón por la que estimamos que el nombramiento o designación de sus titulares es consustancial al Legislativo. En este sentido, disponer que la designación de las personas que ocuparán los referidos cargos se verifique mediante elección popular, desnaturaliza el carácter esencial de esa institución como auxiliar de la Asamblea Legislativa y la desvincula como tal.*

***Conclusión**. Por las razones expuestas, con base y en los términos dispuestos en el artículo 97 constitucional, este Tribunal objeta por estimarla inconstitucional la iniciativa consultada".*

**Defensoría de los Habitantes de la República**

En oficio DH-DAJ-1010-2018 con fecha 03 de diciembre de 2018, el señor Juan Manuel Cordero González, en su calidad de Defensor de los Habitantes en funciones, comunica la oposición de dicha institución, argumentando:

*"… **transformar la naturaleza jurídica de la Defensoría y convertirlo en un órgano desconcentrado resulta a todas luces improcedente** (resaltado sí es del original), 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 ese órgano, sino más bien, la necesaria existencia de una institución que complementa 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.*

*(…) 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** (resaltado sí es del original), 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.*

*(…)*

*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° 19.547. En tal virtud, mediante oficio N° DH-DAJ-0938-2018 del 06 de noviembre de 2018, se externó al respecto lo siguiente:*

*"Bajo esta inteligencia, someter a elección popular el cargo de Defensor de los Habitantes podría suponer con 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 trascendentes 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 cuanta 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…".*

## IV.- CONCLUSION

Tomando en consideración las respuestas recibidas por el Tribunal Supremo de Elecciones y la Defensoría de los Habitantes de la República, en las que expresa su oposición al proyecto de ley, se consideró acertado elaborar un Dictamen Negativo Unánime, fundamentada esta posición en los argumentos esbozados en los apartados anteriores.

## V.- RECOMENDACIÓN

Los Diputados y Diputadas, miembros de la Comisión Permanente Ordinaria de Gobierno y Administración, recomendamos a las señoras y señores Diputados acoger el presente **DICTAMEN NEGATIVO DE MAYORÍA** y se proceda a su archivo.

DADO EN LA SALA DE SESIONES DEL ÁREA DE COMISIONES LEGISLATIVAS III, EN SAN JOSÉ, A LOS DIEZ DÍAS DEL MES DE SETIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE.

David Gourzong Cerdas

Jonathan Prendas Rodríguez

Víctor Manuel Morales Mora

Luis Fdo. Chacón Monge

Jorge Luis Fonseca Fonseca

Nielsen Pérez Pérez

Erwen Masís Castro

Aracelly Salas Eduarte

Dragos Dolanescu Valenciano

**DIPUTADAS Y DIPUTADOS**

Parte expositiva: Alejandra Quesada Gómez.
Parte dispositiva: Ericka Ugalde Camacho.