

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DEPARTAMENTO ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST-IIN-240-2015

INFORME DE: PROYECTO DE LEY

**“PREVENCIÓN, ERRADICACIÓN, SANCIÓN DEL RACISMO
Y DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN”**

EXPEDIENTE 19.288

INFORME INTEGRADO

JURÍDICO – SOCIOAMBIENTAL

Elaborado por:

**MARTA NÚÑEZ BARRIONUEVO
VÍCTOR EMILIO GRANADOS CALVO.
Asesores Parlamentarios**

Supervisado por:

**NORMA EUGENIA ZELEDÓN PÉREZ
Supervisora Jurídica**

**GASTÓN VARGAS ROJAS
Jefe de Área**

Revisión final y autorización

**FERNANDO CAMPOS MARTÍNEZ
Director a.i.**

14 de agosto de 2015

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

AL-DEST-IIN-240-2015

TABLA DE CONTENIDO

I.- RESUMEN DEL PROYECTO	3
II.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES	3
2.1. Antecedentes de legislación nacional	7
2.2. Política Nacional para una Sociedad libre de racismo, discriminación racial y xenofobia 2014/2025	11
2.2.1. Ministerio de Cultura y Juventud y la Política Nacional de Derechos Culturales	18
III.- ANÁLISIS DEL ARTICULADO	20
Observaciones Generales:	20
3.1. Título Primero: Disposiciones Preliminares (artículos 1 al 9)	20
3.2. Título Segundo. Los Derechos Fundamentales (artículos 10 al 33)	21
3.3. Título III. Comisión Nacional contra la Discriminación Racial (artículos: 34 al 43)	29
3.4. Título IV. Acceso a la justicia y la seguridad (artículos 44 al 46)	31
3.5. Título V. Régimen Especial Sancionatorio. Artículos 47 al 55	31
3.6. Título IV (Debería leerse Título VI). Disposiciones Finales. Artículos 56 al 62	38
IV.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO	42
Delegación	42
Consultas	42
Obligatorias:	42
Facultativas:	42
V.- FUENTES	43
Constitución Política	43
Leyes:	43
Otros:	44

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

INFORME INTEGRADO¹ JURÍDICO - SOCIOAMBIENTAL

“PREVENCIÓN, ERRADICACIÓN, SANCIÓN DEL RACISMO Y DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN”

EXPEDIENTE 19.288

I.- RESUMEN DEL PROYECTO

La iniciativa de ley propone una serie de medidas tendientes a la prevención, erradicación y sanción del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y demás manifestaciones de intolerancia y violencia, presentes en la sociedad costarricense y en buena parte de su institucionalidad.

Mediante la creación de la Comisión Nacional contra la Discriminación Racial y la Defensoría contra la Discriminación Racial entre otros órganos que se proponen, se pretende potenciar la protección y fomento de los derechos humanos, especialmente de las comunidades negras e indígenas; estableciendo los principios y bases para garantizar el efectivo acceso a la salud, educación, cultura, deporte, tierra, vivienda, y trabajo de esta población que enfrenta (...) *las manifestaciones más evidentes de racismo...*²

Además, el proyecto establece un régimen especial sancionatorio de carácter administrativo, dirigido a personas físicas o jurídicas que en el ejercicio de su actividad incurran en conductas que expresa o implícitamente configuren discriminación racial.

II.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Desde la perspectiva constitucional y convencional, existe una amplia protección en materia de discriminación por razones raciales, que tanto la Sala Constitucional, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han desarrollado a través de la jurisprudencia; marco y parámetro al fin, para la efectiva protección de los derechos humanos.

Así por ejemplo, la Constitución Política en su artículo 33 establece que *“Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana (...) La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza (...) y en el artículo 7: “Todos*

¹ Informe elaborado por Marta Núñez Barrionuevo y Víctor Emilio Granados Calvo, Revisión jurídica a cargo de la Licda. Norma Zeledón Pérez y Supervisado por Msc. Gastón Vargas Rojas, Jefe de Área, Revisión final y aprobación a cargo de Fernando Campos Martínez,, Director a.i. del Departamento de Servicios Técnicos.

² Exposición de motivos. Expediente. 19.288

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece en su Artículo II que *"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza (...)*. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 indica: *"Artículo 3.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto"* y el artículo 26: *"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, (...)*

A mayor abundancia, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José" de 1979 se lee: *"Artículo 1. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella (...) sin discriminación alguna por motivos de raza (...) y en su artículo 24 "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".*

Finalmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2, compromete a los Estados Parte a (...) *garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza (...)*.

Sin embargo, las reprochables actitudes de intolerancia e intransigencia, subsisten en buena parte de la sociedad y la institucionalidad costarricense, como mejor lo indica la Sala Constitucional:

*"El prejuicio y la discriminación racial contra individuos y grupos por motivos raciales y étnicos no son en modo alguno fenómenos novedosos en la historia humana, sin embargo, modernamente, se ha venido produciendo una justificada reacción contra este tipo de actitudes lesivas de la dignidad humana y éticamente repudiables. Los tratados internacionales, firmados por la mayoría de los países de la tierra, destierran definitivamente este tipo de prácticas, que atentan contra la convivencia humana, los derechos fundamentales y la dignidad del ser humano."*³

³ Res. N° 2006-007608 Sala Constitucional, a las once horas y cincuenta y cinco minutos del seis de octubre de dos mil seis. También voto 3090-2013 que en cuanto interesa dice: *"...Al respecto, se debe advertir que un acto discriminatorio puede darse cuando entre dos sujetos existe una diferencia de trato injustificado y arbitrario, en cuyo caso se requiere de un parámetro de comparación para determinar si hay desigualdad dentro de una relación normativa. Empero, la discriminación también se puede dar cuando a una persona se le califica con criterios denigrantes claramente contrarios a la opinión científica mayoritaria, como sería considerar que una persona por su color, género, etnia u orientación sexual (entre otros) sea un individuo de menor valía o bien una persona enferma. En tal caso, el solo hecho de propiciar tal tipo de calificativo*

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

No es coincidente entonces, que el Estado Costarricense, sometido al Examen Periódico Universal (EPU)⁴, propiamente el segundo examen de fecha 5 de Mayo de 2014, recibiera la solicitud expresa por parte de los miembros del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de combatir de mejor forma y con mayor amplitud, la discriminación racial⁵

Costa Rica examinó las recomendaciones que figuran a continuación, a las que respondió en el 27º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, que se celebró en septiembre de 2014; las recomendaciones en materia de discriminación fueron:

“128.55 Diseñar campañas de sensibilización sobre la diversidad cultural y la lucha contra la discriminación racial, la xenofobia y toda otra forma de intolerancia, y promover la inclusión, la cohesión social y el respeto de los valores de la diversidad (Turkmenistán);

128.56 Examinar formas de ampliar y mejorar la eficacia de las medidas para promover la inclusión social y la diversidad, garantizando el ejercicio pleno y A/HRC/27/12 20 GE.14-07568 efectivo de los derechos humanos por los pueblos indígenas, las personas de ascendencia africana, los migrantes y los refugiados, y erradicando todas las formas de discriminación racial, racismo y xenofobia (Brasil);

128.57 Adoptar políticas encaminadas a luchar contra todas las formas de discriminación, en particular las dirigidas a los pueblos indígenas (Francia);

128.58 Intensificar las campañas de educación pública para luchar contra el racismo estructural, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y castigar a los autores de actos racistas, teniendo en cuenta el hecho de que Costa Rica es un Estado parte en la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y en el Estatuto de Roma (Ghana);

128.59 Intensificar aún más los esfuerzos por eliminar el racismo estructural y la discriminación racial en todas sus formas (India);

implica per se un acto discriminatorio y lesivo a la dignidad humana, como tristemente ha ocurrido a lo largo de la historia en regímenes totalitarios e intolerantes, en los que incluso científicos (racialismo) han sostenido que ciertas razas o naciones, por su color, rasgos físicos o costumbres religiosas, corresponden a clases inferiores o de menor valía...”

⁴ El Examen Periódico Universal, es mecanismo del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuya finalidad es revisar la situación de derechos humanos de todos los Estados miembros de la Organización

⁵ Ver: COSTA RICA Second Review Session 19 Review in the Working Group: 5 May 2014 Adoption in the Plenary: 19 September 2014. Disponible en: http://www.upr-info.org/sites/default/files/document/costa_rica/session_19_-_april_2014/a_hrc_27_12_s.pdf

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

128.60 Diseñar campañas de sensibilización sobre la diversidad cultural y proseguir los esfuerzos por poner fin a la discriminación y la xenofobia contra las minorías (Irán (República Islámica del));

128.61 Fortalecer las medidas de lucha contra todas las formas de discriminación contra las poblaciones indígenas y las personas de ascendencia africana, y garantizar su promoción y visibilidad en la sociedad (Níger);

128.62 Continuar los esfuerzos por luchar contra el racismo, la discriminación racial y la xenofobia, y establecer mecanismos para enjuiciar a los autores de actos racistas (Pakistán);”

A pesar de que nuestro país, en el marco de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban en 2001, aprobó la Política Nacional para una Sociedad Libre de Racismo, Discriminación Racial y Xenofobia, que tiene por objetivo lograr una sociedad incluyente y más respetuosa que abarque la diversidad sociocultural y étnica, lo cierto es que muchos países pusieron énfasis en solicitar a Costa Rica que haga más de lo que ya hace para luchar contra el racismo y la discriminación, tanto de indígenas y afrodescendientes, lo que generó no pocas informaciones en medios de comunicación internacional.⁶

Para lograr un verdadero respeto del derecho internacional humanitario, se requiere adoptar medidas de implementación nacional, es decir, todas aquellas acciones legislativas que adecuan al derecho interno o bien eliminan los obstáculos, para asumir las obligaciones provenientes del derecho internacional.⁷

Considera esta asesoría, que el proyecto de ley bajo estudio, puede bien enmarcarse dentro de ese contexto y mediante legislación interna, materializar

⁶ **ONU pide a Costa Rica mayores avances en discriminación racial.** Periódico La Estrella de Panamá. Disponible en: <http://laestrella.com.pa/internacional/america/pide-costa-rica-mayores-avances-discriminacion-racial/23454378>. **ONU pide a Costa Rica mayores avances en discriminación racial.** Comité contra el racismo y toda forma de discriminación. Estado Plurinacional de Bolivia. Disponible en: <http://www.noracismo.gob.bo/index.php/78-prensa-nacional/422-onu-pide-a-costa-rica-mayores-avances-en-discriminacion-racial>. **La ONU pide a Costa Rica mayores avances en discriminación racial y de género.** Diario La Hora. <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101668882#.VYCTbfl>

OkO. Miembros de la ONU piden a Costa Rica mayores avances en discriminación de género y racial. Noticias Monumental. <http://www.monumental.co.cr/temas/tema/racial>

⁷ “Se deben poner límites a los procesos legislativos internos para que tomen todas las medidas necesarias para la implementación de los derechos humanos consagrados por el derecho internacional o para que los mejoren, pero no se puede permitir que la legislación interna desamarre lo ya atado a través de la incorporación de las normas internacionales al derecho interno”. Tomado de: El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja. Disponible en:

http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish.pdf

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

los grandes compromisos asumidos por el Estado con respecto a estas poblaciones y la persistente situación de abierta discriminación de la que son víctimas, por medio de acciones afirmativas”⁸.

2.1. Antecedentes de legislación nacional

El Decreto-Ley N° 836 de la Junta Fundadora de la Segunda República, del día 4 de noviembre de 1949, artículo 1º, creó una comisión, dependiente del Ministerio de Trabajo que debería llevar a cabo (...) el empadronamiento de toda la población de color de Costa Rica, sean ciudadanos costarricenses o no, a fin de proceder al arreglo de toda documentación de identidad de cada uno de dichos individuos, de conformidad con su nacionalidad y las leyes respectivas vigentes.”⁹

Inicialmente, dicha disposición se funda en la necesidad de revisar el artículo 5, párrafo tercero de la Ley N° 31 de 10 de diciembre de 1934, que establecía la prohibición de contratación de población negra, en la “industria bananera” de la zona del Pacífico.

El considerando segundo del decreto-ley, inspirado en principios sociales y reconociendo la dignidad de la persona, proclama que (...) no debe haber discriminación alguna por motivos raciales para la libertad de trabajo y de tránsito de la República, por lo cual debe dejarse sin efecto esa disposición legal”¹⁰

Efectivamente la situación del afrodescendiente en Costa Rica, antes de los hechos civiles y políticos que motivaron la guerra civil de 1948 y la consecuente promulgación de la Constitución Política de 1949, era vergonzosamente discriminatoria, desigual y denigrante. La Ley N° 31 de 10 de diciembre de 1934 se interpretaba como una disposición legal que le impedía a esa población pasar de Turrialba.¹¹

En el acta N° 104 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 celebrada el 7 de julio se registra una de las pocas alusiones que realizara ese alto foro,

⁸ Santiago Juárez, Mario. Acciones Afirmativas. Tomado de:

http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/AA_MSJ.pdf

⁹ Colección de Leyes y Decretos. Edición publicada bajo la dirección del Lic. Héctor Beeche. Imprenta Nacional, san José, Costa Rica, 1949. Pp.678

¹⁰ Ibídem Pp. 677

¹¹ Sawyers Royal, Kathleen en el ensayo: Participación política del negro limonense. Un esbozo histórico, elaborado con base en una charla dictada por la autora en el año 1968 a un grupo de limonenses interesados que fue publicado en: Quince Duncan y Carlos Meléndez, El negro en Costa Rica, Editorial Costa Rica, San José, 1974, págs. 186-194 refiere: “Cuando la fiebre de Panamá llegó a los bananales de la Zona, la United Fruit abandonó la región, dejando al negro sin trabajo. Estos no podían venir a trabajar a Turrialba, San José, o las nuevas plantaciones del Pacífico, por razones legales. (No podían pasar de Turrialba)”. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/2433/243320976025.pdf>

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

respecto de la situación de la población negra del país en ese momento, en el contexto de la discusión del artículo 27 de la Carta Política de 1871 que dice: *“Todo hombre es libre en la República: no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes”*

“El Representante VARGAS VARGAS interpeló a varios compañeros de la Asamblea acerca de los alcances de una ley vigente, que prohíbe a los ciudadanos de la raza de color trasladarse libremente por todo el territorio de la República, derecho que garantiza el artículo 28 de la Carta del 71. Existe una ley que prohíbe a los negros nacidos en Limón trasladarse a la zona del Pacífico. ¿Cómo es posible una ley de esta naturaleza, cuando se dice que nuestra Constitución no debe hacer distinciones entre los ciudadanos por causa de su color, sexo o ideología?”

La posterior promulgación de la Ley No. 1902 del 9 de julio de 1955 derogó el Decreto-Ley N° 836 de 4 de noviembre de 1949 y el párrafo 3° del artículo 5° de la ley N° 31 de 10 de diciembre de 1934, pero no así, las evidencias de discriminación y asilamiento, especialmente de la población negra habitante de la provincia de Limón.

Posteriormente en la década de los sesenta, se promulgó la Ley N° 2694 de 22 de noviembre de 1960 (Sin nombre pero conocida como Ley que prohíbe toda clase de discriminación en materia laboral).

Claramente el artículo 1° de esa ley prohibía (...) toda suerte de discriminación, determinada por distinciones, exclusiones o preferencias, fundada en consideraciones sobre raza, color, sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación o situación económica, que limite la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo u ocupación” generando la nulidad del acto administrativo en el caso de empleo público si dicho acto se funda en contra de lo dispuesto en esa ley, así como la sanción de cualquier patrono que incurriera en igual conducta.

En la exposición de motivos del expediente legislativo que generó la emisión de la Ley N° 2694 antes indicada, que fuese impulsado por el Poder Ejecutivo de entonces a través del Ministro de Trabajo y Previsión Social se lee:

(...) un proyecto de ley tendiente a eliminar toda suerte de limitaciones, en la esfera pública y privada, en materia de empleo y ocupación, restrictivas del derecho a elección de libre elección del trabajo y de las prerrogativas a que todo trabajador activo o en potencia es acreedor en ese carácter, resultantes de impropias discriminaciones basadas exclusivamente en consideraciones ajenas a la idoneidad para el buen cumplimiento del empleo al que aspira o sirve.”

En esa misma década, Costa Rica ratifica mediante Ley número 3844 del 5 de enero de 1967, La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Discriminación Racial, cuyo artículo 1º, interpreta, define o entiende la discriminación racial como (...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Ese mismo instrumento internacional compromete a los a tomar (...) medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya existía”¹², entre otras medidas verificadas a través un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial compuesto de dieciocho expertos de gran prestigio moral y reconocida imparcialidad, elegidos por los Estados partes entre sus nacionales.

Por su parte, en evidencia histórica de la voluntad costarricense de rechazar el Apartheid¹³, a contrario sensu, de reconocer que el Apartheid constituye un delito y que como tal debe ser reprimido y sancionado, se emite la ley N° 4015 del 9 de diciembre de 1967 que estableció una prohibición comercial con la república de Sudáfrica, así como la prohibición de conceder licencias o tramitar gestiones de exportación a esa nación, prohibición que únicamente sería levantada (...) tan pronto el Gobierno de la República de Sudáfrica ponga fin a sus políticas de discriminación racial”.¹⁴

Además, se emite la Ley N° 4230 de 21 de noviembre de 1968, cuyo artículo 1º considera delito la negativa a permitir el ingreso de personas a asociaciones, centros de diversión, hoteles, afines, clubes y centros privados de enseñanza, por motivos de discriminación racial¹⁵. La pena establecida era la multa de mil a tres mil colones (¢ 1,000.00 a ¢ 3,000.00), sin embargo establecía ante la primera reincidencia una sanción del cierre del establecimiento por seis meses; y para la segunda, con el cierre definitivo.

No cabe duda que esa década reflejó, por un lado la clara preocupación en torno a la discriminación fundada en repudiables motivos raciales y por otro, la amplia producción legislativa para evitar, sancionar y reprochar esas conductas; preocupación global que también se vio reflejada en la acciones de las Naciones

¹² Inciso c) del Artículo 2 de la Convención.

¹³ El 6 de Noviembre de 1962 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1761 (XVII) con el fin de reafirmar su condenatoria a las políticas de discriminación racial del Gobierno de la República Sudáfrica y a la vez pedir a los Estados miembros de las Naciones Unidas que sancionaran a dicho país, individual o colectivamente, por aplicar políticas que son contrarias a la Carta de la gran organización internacional

¹⁴ Artículo 3 de la Ley N° 4015

¹⁵ Reformado por el artículo 1º de la Ley N° 4466, de 19 de noviembre de 1969. (Tácitamente reformado por el artículo 373 en relación con el 418, del Código Penal.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Unidas a través de la emisión de múltiples convenios, tratados, acuerdos y demás instrumentos jurídicos, siendo que incluso, consagró el año de mil novecientos setenta y uno como el Año de la Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial y en la decisión de la Asamblea General de iniciar la Década para la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, como parte de la conmemoración del 25 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En Costa Rica, tres década después, se emite la Ley N° 7711 de 22 de octubre de 1997, Ley de Eliminación de la Discriminación racial en los programas educativos y los medios de comunicación colectiva.

Concebida como instrumento para alcanzar el desarrollo integral de todas las personas que conviven en la sociedad, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin menoscabo de su origen étnico o cultural, esta ley prohíbe difundir conceptos y mensajes publicitarios o educativos cuyos contenidos involucren discriminación, abarcando (...) la publicidad y las publicaciones de toda clase tanto en los medios de comunicación colectiva, radiofónica, televisiva o periodística, como en anuncios publicitarios, medios de difusión audiovisual y escrituras en general¹⁶.

En el campo de la educación pública, se ordena al Consejo Superior de Educación incluir en sus programas y planes de estudio los principios de igualdad de oportunidades, la eliminación de prejuicios, estigmatizaciones, así como (...) dedicar un espacio a la enseñanza de generalidades sobre las diferentes etnias y culturas que constituyen la vida activa de la sociedad costarricense, incluidas las contribuciones de los grupos minoritarios al desarrollo de la sociedad y de una cultura esencialmente democrática, diversa y pluralista¹⁷.

Más recientemente, propiamente en el nuevo siglo, y en el marco de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban en 2001, Costa Rica aprobó la Política Nacional para una Sociedad Libre de Racismo, Discriminación Racial y Xenofobia, que tiene por objetivo lograr una sociedad incluyente y más respetuosa que abarque la diversidad sociocultural y étnica.

¹⁶ Artículo 4 de la Ley N° 7111

¹⁷ Artículo 5 de la Ley 7111.

2.2. Política Nacional para una Sociedad libre de racismo, discriminación racial y xenofobia 2014/2025

Mediante la promulgación del Decreto Ejecutivo N 36776- RE de Setiembre de 2011¹⁸ se crea la “*Comisión Interinstitucional para el seguimiento e implementación de las obligaciones internacionales de Derechos Humanos, el Comité Asesor y el Ente Permanente de Consulta*” como órganos asesores permanentes del Poder Ejecutivo, adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto¹⁹ .

La *Comisión Interinstitucional sobre Derechos Humanos o Comisión Interinstitucional*” asume como su mayor responsabilidad, coordinar la implementación en el ámbito nacional de las obligaciones internacionales en derechos humanos actividad y objetivo a la que se le confiere carácter y rango de “interés público”.

Además asumió la responsabilidad de ser el órgano facultado para crear la “*Política Nacional para una Sociedad Libre de Racismo, Discriminación Racial y Xenofobia y su plan de acción.*”²⁰

Dicha política es aplicable a la Administración Pública, constituida por los ministerios y sus dependencias pero, sin perjuicio de ser aplicado por el Estado en general, como marco de referencia para el fomento de una sociedad libre de racismo, discriminación racial y xenofobia.

Se declara de interés público toda actividad que se realice a fin de fomentar una sociedad libre de racismo, discriminación y xenofobia. Este Decreto se emitió en enero del 2014 con el fin de lanzar ésta Política Nacional de manera oficial como “*Política Nacional Para Una Sociedad Libre de Racismo, Discriminación Racial y Xenofobia (2014 – 2025).*”

En una consulta vía electrónica, a la Licenciada Carla Sierra Zúñiga, del Área de Derechos Humanos y Seguridad Humana de la Dirección General de Política Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores²¹ nos reiteró que el ente rector de la Comisión Interinstitucional es el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y cuenta con una Secretaría Ejecutiva y que ésta comisión interinstitucional da seguimiento, a la implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos, cuenta con la representación de 21 instituciones y otras entidades, así como la participación de la sociedad civil.

¹⁸ Disponible en Gaceta Digital. Año CXXXVI. CR

¹⁹ Contenido de algunos considerandos del Decreto Ejecutivo 36776 RE -2011.

²⁰ POLITICA NACIONAL PARA UNA SOCIEDAD LIBRE DE RACISMO, DISCRIMINACIÓN RACIAL Y XENOFOBIA, (2014-2025). Recuperado <http://www.migracion.go.cr/institucion/leyes%20migratorias/>

²¹ Consulta realizada el 26/11/2014 por vía electrónica, donde adjuntaron varios documentos de interés para el presente informe. Correo electrónico: csierra@ree.go.cr

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Con las nuevas autoridades gubernamentales²² el Canciller de la República, don Manuel González, envió directriz a las instituciones que conforman la comisión para informar sobre esta designación y solicitar el nombramiento de las personas que aún faltan por integrarse a nivel institucional.

Con la lectura de la Política Nacional,²³ se aprecia un trabajo de mucha consulta e investigación que viene gestionándose desde el 2011. Solo una lectura al índice de ésta *Política Nacional y su Plan de Acción*, contiene una estructura y mapa de investigación muy documentada que proporciona datos muy actualizados de la situación actual de todos los sectores involucrados que serán favorecidos con ésta la Política Nacional y que además es integral con toda la población nacional.

El documento aporta información desde quienes son los responsables de la emisión y ejecución de la Política Nacional, los antecedentes históricos del racismo y desigualdad, el marco conceptual, el marco normativo, los Tratados Internacionales suscritos por el país, las Declaraciones y normas de Derecho emergente, además un análisis de la situación actual en salud, educación, seguridad social, derecho al trabajo, vivienda, y las estrategias utilizadas para recopilar información en las comunidades, los hallazgos obtenidos, y los recursos financieros para su aplicación.²⁴

En el Plan de Acción, se encuentran los siete ejes y sub ejes de la Política Nacional que son los siguientes: 1. Fortalecimiento Institucional; 2. Derechos Civiles y Políticos; 3. Derecho a la Educación y a la Cultura; 4. Derecho a la Salud y seguridad social; 5. Derecho al trabajo y derecho económico; 6. Derecho a una buena calidad y nivel de vida adecuado, y 7. Derecho a un medio ambiente de calidad y a la territorialidad.

En este Plan de Acción se especifican las metas a cumplir entre el año 2015 al 2018 con las instituciones responsables respectivas de cada Eje.

Las instituciones involucradas en la aplicación de la Política y del Plan de Acción son las siguientes: Ministerio de Relaciones Exteriores CIIDDHH; INEC; Gobierno Digital; MAC; INDER; Ministerio de Salud; CCSS; MEP; Poder Judicial; MTSS; IMAS; A y A; ICE; PANI; INAMU; DGME; CNREE; CONAPAM; INECC; MIDEPLAN; Asamblea Legislativa; MCJ; y M. de Justicia y Paz; MINAE; SINAC; DHR; Registro Nacional; FONAFIFO; MIVAH; ICT; FODESAF; PRONAMYPE; Sistema Bancario Nacional; Fondo Social Migratorio; Universidades Públicas; M. de Economía; INA; Colegios Profesionales; otras

²² Se nombra a la Licenciada Linyi Baidal Sequeira, como Presidenta de la Comisión y a Licenciada Carolina Molina, como Secretaria Ejecutiva.

²³ la *POLITICA NACIONAL PARA UNA SOCIEDAD LIBRE DE RACISMO, DISCRIMINACIÓN RACIAL Y XENOFOBIA 2014-2025 y su PLAN DE ACCION PARA SU EJECUCIÓN*

²⁴ Política Nacional, Óp. Cit. pág. 1 y 2.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

instituciones. Esta política tiene que publicarse antes del final de año, aunque nos dijo aún no tiene una fecha exacta.²⁵

Sobre la situación actual de la población afro descendiente e indígena, la política nacional hace una serie de observaciones que resulta importante reproducir.

Así por ejemplo en cuanto a la educación (...) La población indígena es la que presenta una mayor brecha de alfabetismo en español, que alcanza el 5.3% para llegar al promedio nacional y un 8% para lograr que toda la población indígena se encuentre alfabetizada”.²⁶

En cuanto al acceso a la seguridad social: “Se observa que la población indígena es la que tiene un nivel más bajo de aseguramiento directo en el trabajo asalariado, lo que da cuenta de una menor presencia en la condición de asalariado, y del riesgo de que no se le pague el seguro social. Las personas migrantes y afro descendientes superan el promedio de aseguramiento directo del resto del país que es del 22.1%”²⁷

Incluso el caso de las mujeres afro descendientes es más dramático, pues según indica la política nacional en sus hallazgos, la brecha de aseguramiento con respecto a los hombres es muy cercana a las trabajadoras migrantes, situación que se asocia directamente con la falta de fuentes de empleo para las mujeres afro descendientes, o la violación de sus derechos por cuanto siendo asalariadas no reciben seguro directo, porque están cubiertas por el seguro familiar del esposo o compañero.

En cuanto al derecho al trabajo (...) la población afro descendiente (54.4%) supera el porcentaje del resto de la población nacional (...) La población indígena es la que tiene un menor nivel de ocupación, lo que se vincula con las limitadas fuentes de empleo e ingresos que existen, en especial, en los territorios indígenas”²⁸.

En cuanto a las condiciones socio económicas de los tres grupos de población de abarca la política nacional emitida, a saber, afro descendientes, indígenas y migrantes, el estudio observa que se encuentran en un porcentaje superior al nacional en cuanto a las necesidades insatisfechas. La situación más crítica es la que vive la población indígena que supera en un 27% el porcentaje nacional.

Así por ejemplo en el caso de viviendas en mal estado, son habitadas por la población indígena en un 17.8% mientras que a nivel nacional dicho porcentaje es de 8.5%. Las poblaciones afro descendientes y migrantes, también refieren

²⁵ Así informado por la Cancillería de CR.

²⁶ POLITICA NACIONAL PARA UNA SOCIEDAD LIBRE DE RACISMO, DISCRIMINACIÓN RACIAL Y XENOFOBIA, 2014-202. Disponible en:

²⁷ Ibídem P.p. 20

²⁸ Ibídem P.p.29

una brecha respecto al porcentaje del total del país, del orden del 3.3% y del 5.5%, respectivamente.

Además (...) cerca de 25% de la población afro descendiente habita en vivienda alquilada y un 3.4% en viviendas en precario, porcentajes que superan la tendencia a nivel nacional, a lo que se suma que un 48% de las viviendas que habitan se encuentran en estado malo o regular”²⁹

De acuerdo con la metodología seguida por los investigadores, se realizaron distintas jornadas de diálogo, intercambio y construcción de ideas que se dio desde 2012 hasta setiembre de 2013 con pueblos indígenas y afro descendientes, migrantes y refugiados, por lo que se logró recopilar una serie de vivencias, percepciones, preocupaciones e intereses de estas tres poblaciones, basado en la experiencia acumulada, de las que extraemos las que interesan para efectos de este proyecto de ley:

“Hallazgos en Pueblos indígenas:

Enfatizan en la discriminación histórica y la exclusión desde el Estado que no ha sabido respetar su cosmovisión, ni garantizar su autonomía y su derecho a la consulta, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT. Mencionan que sufren racismo desde la sociedad “general” o hegemónica, que hay un menosprecio hacia lo indígena y que en Costa Rica se les ha invisibilizado, desconociéndolos como pueblos originarios en el país.

El Estado ha desconocido sus formas de vida y no ha tomado debidamente en cuenta sus realidades y necesidades en las políticas públicas.

Los y las adolescentes y jóvenes indígenas en particular indican sufrir de “bullying” en los colegios debido a su condición de indígenas. La autonomía de los pueblos indígenas significa que los mismos pueblos tengan las herramientas para definir sus modos de vida y sus formas de organización, teniendo en cuenta las particularidades que presentan como pueblos indígenas, sino incluso entre los diferentes pueblos.

Para algunos pueblos indígenas como el caso del pueblo bribri y las comunidades bribricabécares, el rol de las mujeres es central y así han solicitado que se reconozca. No es igual en todos los pueblos indígenas de Costa Rica, pero lo que sí es prácticamente la misma situación en todos los pueblos indígenas es el fundamental papel de las personas mayores, quienes se considera son una fuente de sabiduría y experiencia y en muchas ocasiones son quienes toman las decisiones por la comunidad. Estas características son muy importantes, en el criterio de los pueblos indígenas, especialmente cuando se trata de tener interlocuciones con ellos, desde el Estado y otros actores.

²⁹ Ibídem P.p. 35

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Una de las principales preocupaciones de los pueblos indígenas es la seguridad de sus territorios y la debilidad en el resguardo de su derecho colectivo a la tierra, especialmente porque aún y cuando en Costa Rica se han establecido territorios indígenas, algunas tierras indígenas están en manos de no indígenas.

A pesar de que la Sala Constitucional y otros tribunales nacionales han dictado sentencias obligando al Estado a recuperar esas tierras, no se han ejecutado debidamente.

En cuanto al derecho a la educación, alegan que las/los indígenas han debido adaptarse a las formas de vida no indígena y no a la inversa y eso los hace sentirse totalmente discriminados. No es sino hasta hace recientemente que se ha procurado construir medidas educativas respetando la cosmovisión indígena. Sin embargo, es necesario reflejar mejor las realidades indígenas en la educación costarricense y reforzar las lenguas indígenas.

Es fundamental buscar mecanismos que faciliten y garanticen la permanencia de los y las jóvenes indígenas en el sistema educativo, no solamente por las restricciones económicas que enfrentan para mantenerse en el sistema, sino porque, sienten, el sistema debe ofrecer opciones atractivas y que los entusiasme.

Encuentran necesario, particularmente las y los jóvenes indígenas, que se tomen medidas concretas por el sistema educativo en general y por el sistema de educación superior en particular, especialmente para facilitar el acceso de las y los jóvenes indígenas al sistema universitario.

En el acceso al derecho a la salud consideran que en algunos casos, los pueblos indígenas, por encontrarse en zonas geográficas alejadas de centros de población, no tienen fácil acceso a los servicios de salud. Adicionalmente, los servicios de salud no contemplan adecuadamente las realidades, cosmovisión y costumbres de los pueblos indígenas y deberían tomar en cuenta, de forma apropiada, las formas de medicina tradicional y costumbres relacionadas de los pueblos 46 indígenas.

Una de las preocupaciones expresadas es que a veces los procedimientos para acceder a los servicios de salud no son accesibles para las personas indígenas. En el ámbito de los derechos económicos, encuentran que hay dificultad para las y los indígenas de tener acceso a créditos, por lo que consideran necesario que se considere establecer medidas para que, de acuerdo con necesidades y realidades indígenas, se les facilite el otorgamiento de créditos y que tome en cuenta el sistema de propiedad comunal y con requisitos razonables según su realidad.

Las personas indígenas externan su experiencia de sentirse maltratados culturalmente e incluso perseguidos por las autoridades pertinentes, cuando ejercen sus prácticas tradicionales y que algunas instituciones consideran, por ejemplo, que atentan contra el ambiente.

Es necesario, de acuerdo con sus testimonios, que haya un claro reconocimiento de las prácticas indígenas, especialmente, desde la perspectiva de su

compatibilidad con el desarrollo humano sostenible y que la normativa y las instituciones conozcan esas prácticas y no se les sancione automáticamente. No sienten un respaldo suficiente desde las instituciones de seguridad del país. Los territorios indígenas muchas veces, perciben que los problemas de sus comunidades no reciben la atención adecuada, además de que se sienten muchas veces con temor por enfrentamientos con no indígenas en relación con sus tierras.

Falta presencia de personas indígenas en el servicio público en general, especialmente hacen un llamado para que más indígenas sean designados como policías, maestros, etc.

Externan su preocupación por el desconocimiento por parte de los funcionarios públicos que los atienden en las diversas entidades del Estado, de sus derechos constitucionales y derivados de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica es parte, como el Convenio 169 de la OIT.

Sostienen que ese desconocimiento, tiene como consecuencia la constante vulneración e irrespeto de sus derechos, incluso de su derecho de acceso a la justicia.

Hallazgos con Afrodescendientes:

La mayoría de afrodescendientes han manifestado sentir una discriminación histórica por parte de la sociedad costarricense y la estructura del Estado.

Se les ha invisibilizado y se ha negado su contribución a la sociedad costarricense, incluso a través de la ausencia de una historia completa y que los incluya desde el mismo currículo académico.

Desde su experiencia, los afrodescendientes expresan que hay desinterés y descuido del Estado de su realidad particular como afrodescendientes que implica tradiciones culturales y costumbres que trascienden las solas manifestaciones culturales caribeñas que se les atribuye generalmente. Consideran que no se ha promovido una adecuada y equitativa participación política de las personas afrodescendientes en la toma de decisiones del país.

El papel de la mujer afrodescendiente es fundamental para su cultura y consideran que no ha sido debidamente entendido por el Estado y la sociedad en general, ni ha sido visibilizado.

En cuanto a la educación, manifiestan que la realidad de parte de su población no facilita su inserción en el sistema educativo o, lo que es más frecuente, su permanencia en el sistema educativo formal.

Por otra parte, indican que hay rasgos de su identidad que no son debidamente tomados en cuenta en el currículo académico como por ejemplo el inglés criollo que se habla en la provincia de Limón.

Expresan, especialmente las y los jóvenes afrodescendientes que se requiere establecer incentivos diversos no solamente para la permanencia de las

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

personas afrodescendientes en el sistema educativo sino también para la inserción en la educación superior y en el acceso al mercado laboral.

Critican que en el Ministerio de Educación no se ha prestado la debida atención a la población afrodescendiente y consideran importante establecer un subsistema de educación afrodescendiente, tal y como existe el sistema de educación indígena.

Niños y niñas afrodescendientes dicen sentirse discriminados en el sistema de educación formal por maestros y maestras y compañeros y compañeras. Una de las observaciones frecuentes es que la sociedad costarricense desconoce las características afrodescendientes y generaliza el abordaje a esta población.

No todas las personas afrodescendientes en Costa Rica proceden de Limón y las personas afrodescendientes en la provincia de Limón tienen intereses y necesidades distintas a las personas afrodescendientes que habitan en otras partes del país, en particular en el Valle Central. Varios y varias afrodescendientes que han participado en el proceso, han indicado que el Estado ha desconocido la característica de los afrodescendientes como pueblo en Costa Rica. Esto trae a su vez otros aspectos de fundamental importancia como su relación especial con la tierra y con el medioambiente, aspecto que no ha sido debidamente en cuenta por la normativa, las instituciones, ni la sociedad costarricense.

Las personas afrodescendientes deben ser consultadas cuando se van a tomar decisiones que les afecta directamente, similar al caso de los pueblos indígenas.

Se requiere más desarrollo humano en comunidades de afrodescendientes y mayor inversión social, así especialmente lo expresan en el caso de la provincia de Limón.

Es importante, que el Estado genere más mecanismos para las oportunidades laborales, económicas y de inversión. Al respecto, indican que es necesario incluso pensar en modalidades para el crédito en general para afrodescendientes.

Las y los afrodescendientes consideran que existen prácticas de perfilamiento racial en el sistema de seguridad y penitenciario costarricense, lo cual se puede observar en la proporción de afrodescendientes que hay privados de libertad.

Falta presencia de afrodescendientes en el servicio público en general. No existen indicadores en el campo de la salud por ejemplo, que permitan estudiar de manera particular las enfermedades o males que se presentan con más incidencia en la población afrodescendiente que permitan el estudio y tratamiento integral adecuado".³⁰

³⁰ *Ibídem* P.p.45-47

2.2.1. Ministerio de Cultura y Juventud y la Política Nacional de Derechos Culturales

Se realizó una consulta al Ministerio de Cultura y Juventud, sobre el quehacer y responsabilidad de éste Ministerio respecto de preservar las costumbres y el reconocimiento cultural de las poblaciones afro descendientes y de las culturas indígenas. En una entrevista concertada con la licenciada Yamileth Campos, Subdirectora del Departamento Legal³¹ nos comunicó que existe una directriz contenidas en un documento oficial llamado “Política Nacional de Derechos Culturales 2014- 2023” de la Administración Chinchilla Miranda.

Según informó esta funcionaria, éste documento fue presentado en el mes de diciembre del 2013 y su objetivo fue dotar al Estado costarricense de una herramienta que orientara con claridad y de manera consistente los planes de gobierno y las acciones estratégicas del Sector Cultura.³²

La directriz gubernamental proponía que el planteamiento de esta Política Nacional de Cultura, estuviera a acorde con el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014 que se proponía como meta la formulación de una Política Nacional para el Sector Cultura donde se garantizara derechos y responsabilidades de promover la cultura y la diversidad cultural como fuente de desarrollo social, humano y económico.

El documento en mención contiene la propuesta para ser desarrollada en unos 10 años (2014 al 2023). Esta Política, tiene como fundamento impulsar la participación efectiva de la diversidad de poblaciones en la vida cultural. Está pensada desde la perspectiva de los derechos humanos (...) *“donde las personas son titulares y no pueden invocarse diferencias políticas, sociales, culturales, religiosas, raciales, étnicas, de género ni de ningún otro tipo como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos”*³³

En lo que interesa conocer, se destaca especialmente el proceso de participación de los pueblos indígenas los cuales fueron consultados tal y como lo establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, y acorde con lo que establecen las Naciones Unidas.

Esta *Política Nacional de Derechos Culturales* contiene cinco ejes estratégicos: Eje 1: Participación efectiva y disfrute de los Derechos Culturales en la diversidad; 2. Dinamización económica de la cultura; 3. Protección y gestión del

³¹ Entrevista realizada el 10 de octubre 2014 en el Ministerio de Cultura y Juventud.

³² Ministerio de Cultura y Juventud. (2013) POLITICA NACIONAL DE DERECHOS CULTURALES. 2014-2023.

³³ Nikken, Pablo. (2010) Revista: Instituto Interamericano de Derecho Humanos: Artículo: La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales* pág. 68

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

patrimonio cultural, material e inmaterial; 4. Fortalecimiento institucional para la promoción y la protección de los Derechos Culturales y 5. Derechos culturales de los Pueblos Indígenas.

Dentro de los ejes establecidos en ésta Política Nacional Cultural se encuentra el Eje 5 “Derechos Culturales de los Pueblos Indígenas”. Y con respecto a otras poblaciones como los afro descendientes se encuentra el Eje 1 “Participación Efectiva y Disfrute de los Derechos Culturales en la Diversidad”. No existe una específica directriz sobre las poblaciones afrodescendientes, la excepción solo existe para las poblaciones indígenas. En ese Eje 1, se destaca que el (...) enfoque de derechos humanos culturales es débil o está ausente en el quehacer de los distintos sectores de la sociedad costarricense.” Y que además se han (...) invisibilizado los diferentes aportes que hacen las comunidades, poblaciones y pueblos a la diversidad cultural de país.³⁴

Ante ésta realidad planteada en la Política Cultural, se propone como una estrategia desarrollar acciones de información y sensibilización sobre los derechos humanos, culturales, dirigidos a la población en general, que enfatice el carácter multicultural, multilingüístico, y multiétnico del país, la libertad de expresión cultural y la importancia de la participación de todas las personas en la vida cultural.³⁵

En conclusión, existe una amplia protección en materia de discriminación por razones raciales, que tanto la Sala Constitucional, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han desarrollado a través de la jurisprudencia; así como una serie de convenciones y otros instrumentos jurídicos internacionales emanados del seno de la Organización de las Naciones Unidas que compelen a los Estados integrantes a adoptar medidas nacionales para erradicar cualquier forma de discriminación por razones raciales o étnicas.

El Estado costarricense, después de los hechos políticos y civiles que se dieron a mediados del siglo anterior y que propiciaron la fundación de la Segunda República así como la promulgación de la Constitución Política de 1949, ha ratificado por un lado, las convenciones internacionales que en materia de derechos humanos, propician la erradicación de prácticas sociales e institucionales basadas en la discriminación y ha promulgado, por otra parte, una serie de leyes y más recientemente la Política Nacional para una Sociedad libre de racismo, discriminación racial y xenofobia 2014/2025, que buscan en general, materializar todos aquellos principios y aspiraciones a una sociedad igualitaria.

El proyecto de ley bajo estudio claramente representa ser un nuevo esfuerzo de materializar por medio de la legislación interna y por medio de acciones

³⁴ Ministerio de Cultura y Juventud. Óp. Cit. Págs. 58 y 59. Específicamente se señala:” Impulsar acciones de incidencia para que se reconozca en la Constitución Política de Costa Rica la condición multilingüística, multiétnica y multicultural del país.

³⁵ Ministerio de Cultura y Juventud. Óp. Cit. Pág. 58

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

afirmativas, los grandes compromisos asumidos por el Estado costarricense, con respecto a estas poblaciones sobre las que aún desdichadamente, persiste abierta discriminación de la que son víctimas, e impide las condiciones igualitarias de acceso a la educación, la salud, el trabajo y la vivienda.

III.- ANÁLISIS DEL ARTICULADO

Observaciones Generales:

El proyecto de ley presenta seis títulos y 63 artículos, organizados de la siguiente manera: Título I: Disposiciones Preliminares. Título II Los Derechos Fundamentales. Título III Comisión Nacional contra la Discriminación racial. Título IV Acceso a la Justicia. Título V Régimen Especial Sancionatorio y Título VI Disposiciones Finales.

3.1. Título Primero: Disposiciones Preliminares (artículos 1 al 9)

Descripción:

Se establece el objetivo de la ley, las definiciones y el ámbito de aplicación material, los sujetos de la ley y los principios.

Comentario:

En cuanto a las definiciones contenidas en el proyecto de ley son definiciones estipulativas; es decir, no pretenden desentrañar la naturaleza del objeto o concepto definido sino simplemente indicar con total precisión a qué objeto o concepto se refiere cuando se utiliza esa palabra, por lo que esta asesoría las considera adecuadas a los fines y propósitos del proyecto. En igual sentido, resulta adecuada la redacción del artículo 6 y 9 en el tanto otorga preliminarmente a dos órganos que se crearán más adelante, por un lado la responsabilidad de diseñar políticas públicas para prevenir, erradicar y sancionar la discriminación racial y por otro, la permanente protección de los derechos que esa ley garantizará para esas poblaciones. El primero de los objetivos se cumple a través de la Comisión Nacional contra la Discriminación Racial y el segundo, a través de la Defensoría contra la Discriminación Racial como órgano especial de la Defensoría de los Habitantes.

Observaciones:

El artículo 1º sugiere cambiar la palabra “conseguir” por la palabra “lograr”. Aunque ambos vocablos en principio parecieran sugerir lo mismo, lo cierto es que, poseen diferentes significados en su uso. Conseguir semánticamente se refiere a posesión, mientras que lograr se refiere al alcance de metas ya sean, materiales o inmateriales.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

En el artículo 2, inciso a) sobre la definición de acciones afirmativas se lee (...) *Los programas de acción afirmativa se constituirán en políticas públicas destinadas a notar las distorsiones...*”. Sugerimos revisar el sentido de dicho término -a *notar*- y su utilización dentro de ese contexto de definición.

En el artículo 7 se indica (...) *la presente ley adopta como directriz político-jurídica la inclusión de las víctimas de discriminación...*”

A ese respecto sugerimos igualmente su revisión de cara al espíritu legislativo. Las directrices son desde el punto de vista semántico, instrucciones y en esa calidad no resulta claro su significado dentro de la norma, amén de que si se toma en cuenta, que la acepción jurídica de ese término, supone la existencia de una norma, se torna más confuso su entendimiento.

3.2. Título Segundo. Los Derechos Fundamentales (artículos 10 al 33)

Descripción:

Este título se organiza de la siguiente manera: Capítulo I El Derecho a la Salud, Capítulo II Derecho a la Educación, la Cultura, el Deporte y el Ocio (con tres secciones, sección I: Disposiciones generales, sección II: La educación, Sección III: La Cultura y Sección IV: El deporte y el ocio) Capítulo III El acceso a la tierra y la vivienda adecuada (sección I: El acceso a la tierra y sección II: La vivienda) Capítulo IV: El Trabajo, erróneamente consignado en el proyecto de ley como Capítulo V.

Comentario:

Se establecen las bases de acceso universal e igualitario al derecho a la salud, la educación, el deporte, la vivienda y el trabajo. Este título es el que presenta obligaciones más concretas para el Estado en general a través de acciones afirmativas que atañen a las municipalidades, la Caja Costarricense de Seguro Social o el Sistema Financiero de la Vivienda entre otros.

Observaciones:

Artículo 10: Acceso Universal.

Este artículo indica que el derecho a la salud de las poblaciones indígenas y afrocostarricense será garantizado por el Poder Ejecutivo mediante políticas destinadas (...) a la reducción del riesgo de enfermedades y de **otros agravios**...” .

Sugerimos la revisión del término agravio, pues desde el punto de vista jurídico dicho término se refiere a todo menoscabo, toda ofensa a la persona, física o moral, menoscabo que puede o no ser patrimonial, incluso a nivel procesal civil,

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

la expresión de agravios por ejemplo, se refiere a los vicios de una sentencia que se recurre ante el Superior o si se quiere en materia penal, el término se utiliza genéricamente, para describir una serie de calificaciones distintas, como injuria, calumnia, coacción, agresión y otras.

Por otro lado en el párrafo final de ese mismo artículo al referirse a la “**Política Nacional de Salud Integral de la Población Afrocostarricense**” de conformidad con los incisos siguientes y el contenido integral del proyecto de ley, debería de leerse: “**Política Nacional de Salud Integral de las Poblaciones Indígenas, Afrocostarricenses y otras minorías étnicas.**”

En cuanto al inciso a) contenido en este mismo artículo observa esta asesoría poca claridad en cuanto a su contenido, toda vez que se propone (...) la ampliación y fortalecimiento de la participación de liderazgo de los movimientos sociales....” Sin embargo el párrafo que antecede, establece que será el Ministerio de Salud el órgano que deberá de promover el acceso igualitario de esta población a la salud, a través de una política nacional de salud.

Desde ese punto de vista, resulta un contrasentido, que una política promovida por un órgano del poder central, diseñe medidas de ampliación y fortalecimiento de movimientos sociales que tengan participación y “*control social de la Caja Costarricense de Seguro Social*” como lo indica el referido inciso a bajo estudio.

Los movimientos sociales podrían ser asociaciones, sindicatos, comités de salud o bien cualquier forma asociativa de hecho o derecho existente, que tenga algún nivel de participación en las instancias de la Caja Costarricense de Seguro Social o en procesos de esa emblemática institución, relacionados con la materia, por lo que sugerimos la revisión de dicho inciso.

Artículo 11, inciso e)

Presenta la misma situación analizada líneas atrás por cuanto establece como objetivos de la política de salud integral que en principio desarrolla e impulsa el Ministerio de Salud, incluir en los procesos de formación política de los movimientos sociales, la temática salud de las poblaciones discriminadas.

En ese sentido, sostenemos igual criterio de que dicha disposición resulta, tal y como se encuentra redactada, inconveniente y eventualmente inconstitucional, pues se autoriza al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Salud, a incidir en la política y formación de liderazgos de organizaciones sociales que son autónomas.

Artículo 25

Este artículo establece como prioridad la asistencia técnica rural por parte del Consejo Nacional de la Producción para las poblaciones, así como (... **el**

fortalecimiento de la infraestructura de logística para la comercialización de la producción y le dará prioridad en las compras de su producción". Ciertamente de conformidad con la Ley N° 6050 de 14 de marzo de 1977, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Producción, es a ese ente autónomo a quien corresponde la constante asistencia técnica de las actividades productivas del sector agropecuario, en procura de su modernización y verticalización para darle la eficiencia y competitividad que requiere el desarrollo económico de Costa Rica (...) *con énfasis en los pequeños y medianos productores, para buscar una distribución equitativa de los beneficios que se generen, entre otros mediante esquemas de capacitación y transferencia tecnológica*".³⁶

Ahora bien, conviene recordar que esta asesoría ya se ha manifestado respecto (...) que las Instituciones Autónomas se llaman así precisamente por el nivel de autonomía que el Constituyente les definió. Dar una orden a esta clase de instituciones violenta el principio de autonomía administrativa (de organización) que dichos entes poseen conforme el artículo 188 constitucional. En este sentido, es importante destacar que la autonomía administrativa, responde a "(...) La capacidad de auto-administrarse o autonomía administrativa de los entes descentralizados, es el mínimo requerido para la existencia de un ente público. Tal y como lo ha indicado la Sala Constitucional, "el ente descentralizado creado por ley ordinaria, está subordinado a su contenido (el de la ley) e involucra la potestad legislativa para modificarlo y hasta extinguirlo, pero como la descentralización implica que le corresponden al ente todos los poderes del jerarca administrativo, quiere decir que su personalidad abarca la totalidad de los poderes administrativos necesarios para lograr su cometido en forma independiente (el énfasis no es del original)³⁷.

Si bien es cierto, la intención de este artículo del proyecto es muy loable, el mandato legislativo de que se fortalezca la logística para la comercialización de los productos de estas poblaciones con prioridad en las compras de su producción, claramente representa una violación de su autonomía administrativa pues tal y como lo ha referido la Sala Constitucional mediante la abundante jurisprudencia al respecto *"la potestad de gobierno alude a la determinación de políticas, metas y medios generales, más o menos discrecionales, mientras que la de administración implica, fundamentalmente, la realización de aquellas políticas, metas y medios generales, utilizando -y por ende, estableciendo a su vez- medios, direcciones o conductas concretas y más o menos regladas..."* (Votos 12019-02 y 6345-97)

Artículo 29

³⁶ Artículo 3 de la Ley N° 6050 de 14 de marzo de 1977.

³⁷ OFICIO N° ST.218-2013 I. Departamento de Servicios Técnicos en el que se citan en su orden La resolución C-233-2004 de 6 de agosto del 2004, en la resolución C-078-99 de 23 de abril de 1999 y en la 27 Vid sobre lo expuesto la resolución N.° 6256-94, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 9 horas del 25 de octubre de 1994

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Establece que los “agentes financieros públicos o privados” promoverán acciones para facilitar el acceso al crédito de vivienda a miembros de las poblaciones indígenas y afrocostarricenses que hayan logrado superar el umbral de la extrema pobreza.

Si bien es cierto, en lo que se refiere al Sistema Financiero Nacional para la Vivienda³⁸, sus funciones implican ajustar sus acciones a las políticas, lineamientos y directrices que dicte el Estado en materia de vivienda, desarrollo urbano y asentamientos humanos, debe de recordarse que se trata de un ente que opera a través de entidades autorizadas, especialmente dirigida a los sectores de menor ingreso³⁹

La disposición de este artículo al hacer referencia a “agentes financieros públicos” resulta genérica e indeterminada. Supone por un lado que pueda tratarse de los integrantes del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, en cuyo caso se opone no solo al perfil del beneficiario de ese sistema, sino además al interés social que supone la adquisición de bienes inmuebles financiados o adquiridos por medio del subsidio o bono familiar de la vivienda que regula la Ley N° 7052 de 13 de Noviembre de 1986 y7 si se quiere, las limitaciones, restricciones y responsabilidades del uso y usufructo de esos inmuebles de conformidad con el artículo 169 de dicha ley.

Por otro lado, si la expresión “agentes financieros públicos o privados” alude a bancos públicos y privados, iguales inconvenientes presenta dicha norma, pues debe tenerse en cuenta que el Sistema Bancario Nacional está conformado por entidades financieras públicas y privadas, de ahí que la promoción de acciones para facilitar el acceso al crédito de vivienda solo es procedente para las públicas -que se rigen por el principio de legalidad-, ya que las entidades privadas se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad (atendiendo la normativa sobre la regulación bancaria).

En virtud de que la redacción de la norma no obliga a los bancos públicos, considera esta asesoría que en cuanto a estos entes, no se lesiona la autonomía administrativa de los bancos estatales, tutelada en la Constitución Política

Artículo 31

³⁸ Ley N° 7052 de 13 de Noviembre de 1986

³⁹ El artículo 8 de la Ley N° 7052 de 13 de Noviembre de 1986, respecto del cumplimiento de objetivos del Banco Hipotecario de la Vivienda establece que el banco tendrá (...)diferentes programas de financiamiento, de acuerdo con el ingreso familiar de los sectores de la población a que van dirigidos, de tal forma, que las condiciones fijadas para los de mayor ingreso, permitan mejorar las que se fijen para los de menor ingreso, de manera que, para estos últimos, se facilite la obtención de casa propia, a la vez que se pueda mantener globalmente una capitalización apropiada de los recursos totales de este Banco

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Contiene una serie de acciones para incentivar las oportunidades laborales de la población afrocostarricense e indígena, siendo que algunos de ellos presentan problemas de constitucionalidad a juicio de esta asesoría.

Así por ejemplo el inciso a) autoriza a las instituciones de la Administración Pública, las empresas públicas y las municipalidades para que realicen compra de bienes y servicios a empresas que empleen al menos un diez por ciento de recursos humanos afrocostarricenses e indígenas a las que (...) deberán dar un veinte por ciento (20%) adicional en la valoración de las licitaciones y compras directas concursales.

En primera instancia, la redacción de esta disposición ofrece idénticos problemas en cuanto a la autonomía administrativa antes analizada, de las instituciones autónomas. El sector público costarricense es muy amplio, de diversa naturaleza jurídica, así por ejemplo, de conformidad con el Manual Explicativo de los Organigramas del Sector Público Costarricense⁴⁰ en el sector Público Descentralizado Institucional, se pueden visualizar 33 instituciones autónomas⁴¹, 11 órganos adscritos, 11 instituciones semiautónomas, un órgano adscrito a semiautónoma, 22 empresas públicas, 45 entes públicos no estatales y sus respectivas misiones institucionales.

La Procuraduría General de la República al definir el concepto de Administración Pública indica que se trata de (...) las instituciones que conformen los poderes del Estado -el Legislativo, TSE y Judicial en la medida en que realizan funciones administrativas-, incluidos sus respectivos órganos, las Instituciones Autónomas y semiautónomas, y demás entidades de Derecho público, así como por mención expresa las municipalidad y empresas públicas⁴², por lo que debe de entonces,

⁴⁰ Elaborado por Mideplan, UCR y El Estado de la Nación tomado de:

http://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/237a1427-b5f7-4b41-be16-8993ca567e32/organigrama_del_sector_publico.pdf

⁴¹ Caso del Instituto Costarricense de Electricidad, claramente se encuentra protegido por el alcance y contenido del artículo 188 de la Constitución Política, a pesar de que su creación lo fue mediante Decreto Ley N° 449 del 8 de abril de 1949 por la Junta Fundadora de la Segunda República, es decir, antes de la propia constitución. Al respecto ha dicho la Procuraduría General de la República: *El Decreto Ley N° 449 encomendó al Instituto el desarrollo de las fuentes productoras de energía de la Nación. Esto con el fin de suministrar energía eléctrica para el bien de la población y de la economía. Posteriormente, el ámbito de acción del Instituto fue ampliado mediante Ley N° 3226 del 28 de octubre de 1963, que le habilitó para procurar el establecimiento, mejoramiento, extensión y operación de los servicios de telecomunicación.... Tal y como se ha dicho en la Opinión Jurídica OJ-065-2003 del 24 de abril de 2003, el Decreto Ley N° 449 del 8 de abril de 1949 no crea al Instituto Costarricense de Electricidad como una institución autónoma. No obstante, el artículo 4 del Decreto Ley en mención garantizó al Instituto su autonomía, por lo cual el Legislador ordinario lo ha sometido a las regulaciones propias de una Institución Autónoma. Ahora bien, bajo la consideración de que el Instituto constituye un ente autónomo ha disfrutado, conforme el numeral 188 constitucional, tanto de autonomía administrativa como de gobierno.* (Opinión Jurídica OJ-016-2007 del 26 de febrero del 2007. En el mismo sentido, es posible ver el dictamen C-171-2009 del 19 de junio del 2009, de esta Procuraduría General de la República)

⁴² Consulta 164-2014 de 27 de mayo del 2014.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

precisarse por parte del legislador, no la autorización que se confiere a las instituciones de la Administración Pública, pero si, con mayor minuciosidad, la disposición obligatoria de otorgar un veinte por ciento adicional en la valoración de licitaciones y compras directas que se dispone mediante ese inciso, lo que resulta inviable desde la perspectiva constitucional en los casos de instituciones autónomas y sus órganos adscritos, semiautónomas y sus órganos adscritos, municipalidades, así como el caso de los entes públicos no estatales.

En el caso de las municipalidades, su autonomía se encuentra plenamente garantizada a nivel constitucional (artículo 170), autonomía que la Sala Constitucional ha definido de la siguiente manera:

“Gramaticalmente, es usual que se diga que el término " autonomía ", puede ser definido como " la potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios ". Desde un punto de vista jurídico-doctrinario, esta autonomía debe ser entendida como la capacidad que tienen las Municipalidades de decidir libremente y bajo su propia responsabilidad, todo lo referente a la organización de determinada localidad (el cantón, en nuestro caso).” (Resolución N° 1999-05445 de las 14:30 horas del 14 de julio de 1999).

Ahora bien, en lo referente a empresas públicas⁴³, su naturaleza jurídica es particular para cada caso, así por ejemplo, RECOPE constituye una empresa pública organizada como sociedad anónima, CORREOS DE COSTA RICA (...) es una empresa de naturaleza pública y no privada, independientemente de que su personalidad sea de Derecho Privado y de que su actividad se encuentre sujeta predominantemente a un régimen de Derecho Privado, en virtud de lo dispuesto expresamente en el artículo 3 de la Ley de Correos⁴⁴ en el caso de las sociedades administradoras de fondos de pensión del Instituto Nacional de

⁴³ De conformidad con el Manual Explicativo de los Organigramas del Sector Público Costarricense son las siguientes: Banco Internacional de Costa Rica S.A. (BICSA) Editorial Costa Rica (ECR) Banco de Costa Rica. Planes de Pensión S.A. Banco de Costa Rica. Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. Banco de Costa Rica. Valores Puesto de Bolsa S.A. Banco Nacional Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. Banco Nacional Valores S.A. Banco Popular Operadora de Pensiones Complementarias S.A. BN Vital Operadora de Pensiones Complementarias S.A. Compañía Nacional de Fuerza y Luz S. A. Corporación Bananera Nacional S.A. Correos de Costa Rica S.A. Instituto Nacional de Seguros-Bancrédito Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. Instituto Nacional de Seguros – Bancrédito Valores S.A. INS Bancrédito Operadora de Pensiones Complementarias S. A. Operadora de Pensiones Complementaria y de Capitalización Laboral de la Caja Costarricense de Seguro Social, S.A. Popular Valores, Puesto de Bolsa S. A Radiográfica Costarricense S.A Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. Sistema Nacional de Radio y Televisión S.A. Sociedad Administradora de Fondos de Inversión del Banco Popular y de Desarrollo Popular S.A. Vida Plena Operadora de Pensiones Complementarias S.A.

⁴⁴ Procuraduría General de la República, dictámenes C-128-98 del 2 de julio de 1998, C-279-98 del 21 de diciembre de 1998 y C-182-2000

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Seguros, éstas surgen con la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y sobre todo con la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, Ley N° 8653 de 22 de julio de 2008 que facultó a dicho Instituto a constituirse en socio de empresas constituidas con fondos públicos y privados, o BICSA, que es una subsidiaria de una empresa pública extranjera, BICSA Corporación Financiera S. A., constituida en la República de Panamá cuyo capital social pertenece en un 100 % a una empresa pública creada y ubicada en el extranjero-

Aunque las empresas públicas, pueden ser organizadas como entidades de Derecho Público, o bien, como entidades de Derecho Privado no cabe la menor duda de que el patrimonio de las mismas, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, forman parte de la Hacienda Pública, por tanto, del control que sobre dichos recursos ejerce el Estado y más específicamente la Contraloría General de la República.

Sin embargo, como se verá, las empresas públicas no necesariamente se encuentran obligadas a aplicar los procedimientos de la contratación administrativa, pues el criterio es, que la actividad de contratación desplegada por esas empresas estará regida por sus disposiciones, es decir, por los principios que rigen la contratación administrativa, como lo refiere la Procuraduría General de la República, (...) existen suficientes bases para afirmar que, si bien se puede excluir de los procedimientos de contratación administrativas a este tipo de entidades, no así de los principios que la regulan⁴⁵.

De modo tal que las empresas públicas deben de aplicar los principios de la contratación administrativa como la equidad, publicidad, igualdad de oportunidades, el interés público y la buena fe, entre otros, pero no necesariamente seguir todos los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa. De hecho el reglamento a dicha Ley ⁴⁶, artículo 1º, párrafo segundo y tercero, excluye de su aplicación a las empresas públicas cuyo capital social pertenezca en más de un 50% a particulares a quienes se aplicarán (...) solo principios a la actividad contractual de toda persona física o jurídica de naturaleza privada cuando utilicen parcial o totalmente recursos públicos⁴⁷.

A mayor abundancia, la Contraloría General República, al respecto de la competencia que le asiste a ese órgano fiscalizador, respecto de las empresas públicas mediante la Resolución N° 277-97, de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1997, manifestó:

“Este enfoque del que estamos hablando, es la herramienta usual y casi obligada cuando se revisan los comunes actos de contratación que acuerdan los entes de derecho público, y precisamente es esa la razón

⁴⁵ OJ-188-2001 de 03 de diciembre de 2001

⁴⁶ Decreto Ejecutivo N° 33411 de 27 de setiembre de 2006

⁴⁷ Artículo 1º Decreto Ejecutivo N° 33411 de 27 de setiembre de 2006

para no aplicarlo en este caso concreto. **Debemos entonces destacar que la naturaleza jurídica del Ente contratante, le da un amplio y discrecional margen de actuación, sobre el cual, el control que pueda ejercer esta Contraloría General, como ya vimos, se limitará a determinar el apego de los actos y actuaciones del sujeto privado contratante, al valor que expresamente tutela cada principio enunciado: a saber, igualdad, eficiencia y publicidad.** Por todo lo expuesto, mal haría este Despacho si en casos como el que ahora nos ocupa examinase los argumentos de disconformidad con la misma regla o medida que se aboca a examinar los cuestionamientos de actos propios de los sujetos de derecho público, sobre los cuales sí debemos ejercer un control de legalidad formal y detallado”.

De modo tal que, con ese fundamento, no podría el legislador establecer obligaciones como la de otorgar un veinte por ciento (20%) adicional en la valoración de las licitaciones y compras directas concursales a empresas licitantes que demuestren la contratación de indígenas y afrocostarricenses de al menos un diez por ciento en sus planillas, por lo que esta asesoría sugiere revisar dicha disposición.

Por otra parte el inciso c) de este mismo artículo 31 del proyecto de ley establece (...) la incorporación de al menos una persona descendiente de las poblaciones indígenas y afrocostarricenses en las ternas finales de los concursos de antecedentes, para la contratación de personas en cualquier institución de la Administración pública, sea esta central, descentralizada o municipal.”

Al respecto, nos permitimos sostener los mismos fundamentos antes explicados, respecto de la inviabilidad de establecer dichos mecanismos de manera obligatoria a instituciones autónomas, semi autónomas, empresas públicas, municipalidades, así como entes públicos no estatales, lo que no es óbice para que se establezca la disposición hacia los tres poderes del Estado, como ocurrió con la Ley N° 8862 de 16 de setiembre de 2010 que reserva un cinco por ciento en las ofertas de empleo público (...) para que sean cubiertas por personas con discapacidad siempre que exista oferta de empleo y se superen las pruebas selectivas y de idoneidad, según lo determine el régimen de personal de cada uno de esos Poderes”.

Y es que respecto a la idoneidad como elemento esencial en el empleo público, esta asesoría manifestó: “En síntesis, el régimen de empleo público persigue, como fin último, la calidad para la contratación de personal, en atención a la eficiente y eficaz prestación de los servicios públicos que cada instancia administrativa esté llamada a ofrecer⁴⁸.”

⁴⁸ Es menester recordar que hay algunos principios constitucionales que informan la organización y función administrativa, dentro de ello tenemos los principios de eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (artículos 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de “vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

El régimen jurídico de empleo público prevé un proceso selectivo a base de la idoneidad comprobada para poder acceder a la función pública, que además, en respecto al Principio de Igualdad, establecido en el ordinal 33, igualmente de la Carta Magna, *“supone la igualdad de oportunidades garantizada a cualquier persona de participar –libre concurrencia- en los procesos de selección y reclutamiento para el empleo público, sin que se establezcan requisitos o condiciones subjetivas irrazonables o desproporcionadas que puedan provocar alguna discriminación. El derecho se encuentra, únicamente, limitado por un parámetro constitucional claro y preciso que es el de la “idoneidad comprobada”*” (Sala Constitucional, -Voto N° 0814-2004)⁴⁹

Artículo 32.

Establece un incentivo fiscal a los patronos que contraten personal proveniente de la población indígena o afrodescendiente sobre lo que no existe inconveniente jurídico alguno y deberá ser valorado conforme los criterios de conveniencia y oportunidad de los legisladores.

Sin embargo, esta asesoría considera que debe precisarse mejor el incentivo, pues de dicho artículo se lee que (...) se podrán deducir de sus ingresos un monto equivalente al cien por ciento del impuesto sobre la renta retenido de ese personal.”

El impuesto sobre la renta se establece sobre las utilidades de las empresas y las personas físicas. La deducción, ya fuese como gasto deducible, ya sea a título de crédito, ya sea incentivo (artículos 8, 34 y 65 de la Ley del impuesto sobre la renta Ley N° 7092 de 21 de abril de 1988) siempre lo será sobre las utilidades del período fiscal que corresponda por lo que el término “podrán deducir de sus ingresos” resulta inexacto.

Artículo 33.

Se sugiere revisar la redacción y espíritu de este artículo, toda vez que el uso del término “renta” entendido como cantidad de ingresos o beneficios que produce una actividad, no pareciera adecuado.

3.3. Título III. Comisión Nacional contra la Discriminación Racial (artículos: 34 al 43)

“buena marcha del Gobierno” y el 191 al recoger el principio “eficiencia de la Administración”). Mismos que han sido desarrollados por la Ley General de la Administración Pública en sus artículos 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°.

⁴⁹ Departamento de Servicios Técnicos. ST. 008-2007 J.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Descripción:

Este título posee 5 capítulos. Capítulo I Disposición preliminar, Capítulo II: Objetivos, Capítulo III: Organización y funcionamiento, Capítulo IV: La Secretaría Ejecutiva y Capítulo V: El Observatorio Ciudadano.

Comentario:

Mediante este Título del proyecto de ley se crea la Comisión Nacional contra la Discriminación Racial que se constituye en un órgano colegiado adscrito al Ministerio de la Presidencia, que entre otras funciones promoverá la igualdad étnica y racial, formulará políticas, articulará planes y fiscalizará el fiel cumplimiento de los objetivos y espíritu de esa eventual ley. Destaca la creación del observatorio ciudadano, como órgano de asesoría y consulta e instrumento de participación de las poblaciones afrocostarricenses e indígenas.

Observaciones:

Artículo 35.

No existe indicación acerca de quién presidirá las sesiones del pleno o de qué forma se elegirá dentro de sus representantes al menos un coordinador que presida las sesiones.

Artículo 38.

Conviene que sea el legislador que establezca además la forma en que se adoptarán los acuerdos por parte del pleno de la comisión nacional.

Artículo 39.

La redacción del artículo parece excluir a los compromisos y agenda de los pueblos indígenas, por lo que recomendamos su revisión.

Artículo 41 inciso b)

Se hace referencia a los acuerdos celebrados por el “Comité” con el gobierno central y los gobiernos locales. Entendiendo que el espíritu de dicha disposición se refiere a la Comisión, sugerimos cambiar el término.

Artículo 43

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Refiere que el Observatorio Ciudadano se elegirá por parte de la comisión con base en ternas remitidas anualmente por organizaciones no gubernamentales. Lo anterior sugiere, la remisión anual de ternas, la posibilidad de que dicho órgano cambie o revise a sus integrantes en ese mismo período de tiempo, aspecto que no fue resuelto y debe de ser revisado, es decir, período del nombramiento, posibilidad o no de ser reelecto o sustitución caso de renuncia.

3.4. Título IV. Acceso a la justicia y la seguridad (artículos 44 al 46)

Descripción:

Mediante tres artículos, se establecen la Garantía de acceso a la justicia y seguridad, las bases para la reducción de la violencia policial, así como la prohibición de los funcionarios públicos de realizar actos de discriminación étnica o racial.

3.5. Título V. Régimen Especial Sancionatorio. Artículos 47 al 55

Descripción:

Se organiza este título bajo tres capítulos a saber: Capítulo I: Prohibiciones. Capítulo II: Obligaciones. Capítulo III. Sanciones.

Observaciones:

Artículo 48

Dicha definición ya se encuentra contemplada en el inciso b) del artículo 2 del proyecto de ley por lo que resulta innecesaria su repetición.

Artículo 49

Se sugiere mejorar su redacción, primero en cuanto a la mejor delimitación de la forma en que se pretende que los sujetos físicos y jurídicos prestadores de bienes y servicios coordinen con la Comisión contra la Discriminación racial los mecanismos para sensibilización de las personas trabajadoras a su cargo.

Por otro lado, esta asesoría tiene dudas en cuanto a la constitucionalidad, por un lado y viabilidad por otro lado, de que los sujetos obligados mediante esta norma, puedan usar los mecanismos de formación, concienciación y sensibilización, con respecto a sus clientes o visitantes.

Ciertamente es lo deseable erradicar cualquier forma de discriminación odiosa que se funde en consideraciones y prejuicios de carácter étnico o racial, espíritu que comparte plenamente esta asesoría.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Sin embargo, la redacción de dicha norma, supone una invasión jurídica en la esfera de la autonomía de la voluntad de terceros (clientes o visitantes) sobre los que resultaría absolutamente imposible obligar a los primeros (empleadores o trabajadores) tal y como lo indica la Sala Constitucional:

(...) del artículo 28 de la Carta Fundamental se deriva el denominado "sistema de la libertad", según el cual las personas no sólo pueden hacer todo lo que la ley no les prohíbe, sino que además tienen también la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad, autonomía e intimidad, ámbitos que sólo pueden ser regulados por los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución Política (orden público, moral y la necesaria protección de los derechos de terceros), los cuales son de naturaleza excepcional, y por ende, de interpretación restrictiva. Así, se configura la libertad personal en un derecho fundamental y matriz de todos los demás, que implica el poder jurídico del individuo como tal, en su vida individual y social, frente al Estado, de disponer de su persona y de determinar su actuar según su propia voluntad, en cualquier dirección que no esté prohibida en Derecho."⁵⁰

Desde ese punto de vista, si bien es cierto el el legislador goza de potestad para prohibir conductas que estime dañinas para el conglomerado social, así como para fijar las sanciones correspondientes, estas deben de ser razonables y proporcionadas. No se puede por tanto obligar a un propietario, administrador o responsable en su condición de prestador de bienes y servicios a formar, concientizar y sensibilizar a sus clientes o visitantes, ni a éstos a recibir dicha formación, especialmente por lo genérico e indeterminado del mandato contenido en este numeral del proyecto de ley.

A lo anterior, debe de agregarse el hecho de que dicha medida contenida en el capítulo de obligaciones, supone la eventual imposición de una sanción administrativa como más adelante analizaremos, por lo que respetuosamente sugerimos la revisión integral del mismo.

Artículo 50

Este artículo obliga a la exhibición de un cartel en establecimientos públicos y privados que indiquen la frase "No a la discriminación racial".

La colocación de avisos, en aras del interés público, no es extraña en el ordenamiento jurídico, de esa manera se regulan actividades prohibidas en establecimientos públicos y privados, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 6

⁵⁰ Sala Constitucional. Resolución 11154-07

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

de la Ley N° 9028 Ley General de control del tabaco y sus efectos nocivos en la salud:

“Los jefes y las personas responsables de los lugares y espacios públicos y privados catalogados como “sitios prohibidos para fumar” en esta ley deberán colocar, en un lugar visible, el aviso alusivo a la prohibición de fumar. Los avisos deberán llevar la leyenda “Prohibido fumar, ambiente libre de humo de tabaco” y el símbolo internacional de prohibido fumar. El reglamento de esta ley establecerá los demás elementos necesarios para la implementación de esta norma”.

Incluso dicha norma, fue objeto de reglamento para establecer entre otras cosas, el tamaño de la rotulación, la ubicación y altura, colores y demás⁵¹

De modo tal que es absolutamente constitucional y viable que en aras del interés público y del resguardo de bienes superiores, los legisladores establezcan este tipo de medidas legislativas, que sin embargo poseen una característica que no se ajusta a la propuesta en este artículo del proyecto.

Generalmente los avisos se dirigen a informar y reafirmar una prohibición expresa en una ley. Distinto sería, si la expresión indica, por ejemplo “Se prohíbe la discriminación racial.”.-

Ahora bien; serán los criterios de conveniencia y oportunidad del legislador los que en definitiva adopten una decisión a ese respecto, pues no existe impedimento alguno desde la perspectiva jurídica para que este primer poder de la República adopte decisiones de esa naturaleza, claro está, precisando de mejor manera las responsabilidades y los responsables que deriven del incumplimiento de esa disposición como lo analizó este departamento en el marco de la tramitación del expediente legislativo 17.371 Ley General de control del tabaco y sus efectos nocivos en la salud⁵².

⁵¹ Ver artículo 9 del Reglamento a la Ley General de Control del tabaco sus efectos nocivos a la salud. Decreto Ejecutivo N° 37185 de 26 de junio de 2012.

⁵² De acuerdo con el oficio N° ST.127-2010 I del Departamento de Servicios Técnicos: “De la norma transcrita se desprende que actualmente existe la obligación colocar rótulos en lugares visibles, que adviertan la prohibición de fumar en los sitios señalados en el numeral 2 de esta ley, no obstante, esta disposición no establece ninguna característica, leyenda o símbolo específico que señale tal prohibición, como si lo hace el artículo 7 del proyecto de ley. A su vez, se debe indicar que donde si existe más claridad y certeza con respecto los responsables del cumplimiento de este deber es el artículo 5 vigente, porque en la ley propuesta existe confusión en cuanto a esa responsabilidad. Por una parte el artículo 6 de la iniciativa señala que son las personas responsables de las instalaciones de los lugares público, de trabajo y el transporte público o sus agentes las encargadas de tomar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley, y por otra, en artículo 7 en análisis establece que es responsable de la colocación de estos avisos, “quien obtenga provecho del uso de los espacios referidos en el artículo 4...” En opinión de esta asesoría no existe precisión de la persona responsable de dar cumplimiento a este deber, ya que no necesariamente quien obtenga provecho es la persona responsable del lugar o instalaciones en donde se aplica la prohibición”.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Sin embargo y solo para efectos de ser considerado, debe de tomarse en cuenta que ese tipo de avisos se ha aplicado en el pasado pero solo de manera muy excepcional, pues si se generalizara la práctica de informar mediante avisos en establecimientos públicos y privados, acerca de prohibiciones o alcances de leyes relacionados, no bastarían los espacios para tantos avisos, por ejemplo para informar y recordar a los clientes de establecimientos públicos, privados y/o comerciales acerca de las múltiples obligaciones que ordenan diversas leyes de la República.

Artículos 51 al 55:

Los artículos contemplados entre el 51 al 55 , establecen una serie de sanciones administrativas para personas físicas y jurídicas que en el ejercicio de su actividad incurran en actos “que impliquen discriminación racial”

Las sanciones se tramitan a solicitud de la Defensoría contra la Discriminación Racial, órgano que se crea en el proyecto mediante el artículo 9 como órgano adscrito a la Defensoría de los habitantes y se indica que las aplicarán los “órganos competentes”.

Al respecto esta asesoría se permite recordar que los principios del derecho penal deben de ser aplicados en materia de sanciones administrativas⁵³.

De modo tal que, resultan de aplicación a las infracciones administrativas *mutatis mutandis* los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos." (Sentencia Sala Constitucional: 2000- 08193 de las quince horas cinco minutos del trece de setiembre del dos mil); principios que no se observan en los artículos bajo estudio, según nos permitimos desarrollarlo a continuación.

De primero, no se observa una de las garantías más importante para el administrado, que es el carácter temporal del poder punitivo del Estado, pues este no puede ser indefinido, toda vez que ejercicio del *ius puniendi* en estas circunstancias generaría una actuación indefinidamente arbitraria.

Segundo, no se establece gradualidad alguna para las faltas ni los criterios objetivos para aplicarlas, así por ejemplo se enlistan del inciso a) al inciso e) del artículo 52 del proyecto, una serie de sanciones que van desde multa de diez salarios base a cierre temporal y definitivo del negocio, suspensión de patente y disolución de asociaciones deportivas y sociedades anónimas; sanciones todas, que no están directamente relacionadas con alguna conducta específica que

⁵³ Entre otras, Sala Constitucional: Res. N° 2012-005973: “*Tanto las normas sancionatorias administrativas como las penales poseen una estructura y funcionamiento similar: la verificación de la conducta prevista produce como consecuencia jurídica una sanción. El Derecho de la Constitución impone límites al derecho sancionador, que deben ser observados tanto en sede penal como en la administrativa; ciertamente, en este último caso con determinados matices que se originan en la diversa naturaleza de ambos...*”

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

amerite su imposición, lo que en principio resulta violatorio de los principios constitucionales de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.⁵⁴

Recuérdese que la actividad punitiva del Estado se encuentra plenamente sujeta al principio de legalidad del que deriva la máxima jurídica de la existencia de una “*lex scripta*”, de una “*lex previa*” y de una “*lex certa*.”, de modo tal de que el legislador debe primero tipificar las infracciones, es decir describir el acto, omisión o conducta voluntaria que se constituirá en infracción, establecer el bien jurídico que se tutele, ya sea que se lesione o ponga en peligro (antijuricidad material) estableciendo gradualidad en las conductas (leve, grave y muy grave).

Los artículos contenidos en el capítulo de sanciones del proyecto de ley, adolecen de todos esos requisitos, incluso estableciendo indiscriminadamente las sanciones para personas físicas y jurídicas indistintamente (...) ***ya sea indistintamente por medio de sus accionistas, representantes, personas funcionarias, dependientes o visitantes....***”

Lo anterior, se encuentra muy distante de los principios anteriormente observados, así como del principio de culpabilidad, según el que, sólo actúa culpablemente aquella persona que de acuerdo con el ordenamiento jurídico podía proceder de otra manera.

No es poca la jurisprudencia emanada por diversos órganos del entorno jurídico costarricense en cuanto al establecimiento de un debido proceso en la imposición de sanciones administrativas, especialmente si dichas sanciones son de la naturaleza de las aquí estudiadas, multa de diez salarios base, cierre definitivo de negocios y cancelación de patentes. Así por ejemplo:

Sobre la proporcionalidad de las sanciones:

⁵⁴ Este Departamento al respecto ha dicho que: “*Así es de aplicación al procedimiento administrativo sancionar los siguientes principios: Principio de Legalidad, que se deriva de los artículos 11 y 39 constitucionales, según el cual debe existir una norma legal que preceda a la conducta sancionable y determine el contenido de la sanción que pueda imponerse. Como derivado de éste, el Principio de Tipicidad, que impone la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes. Esa exigencia afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de modo que el conjunto de las normas aplicables permite predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y grado de sanción susceptible de ser impuesta. De la misma norma se desprende el derecho constitucional a un estado de inocencia, que debe preceder la adopción de cualquier resolución tanto administrativa como jurisdiccional que se base en la condición o conducta de las personas de cuya apreciación derive un resultado 18 Tribunal Contencioso Administrativo. Sección VI. Sentencia 00038 de 16 de febrero de 2011. sancionatorio o limitativo de sus derechos. Así, ha de demostrarse también la culpabilidad, que supone imputación, ya sea a título de dolo o culpa en la acción sancionable. Finalmente, el principio de proporcionalidad que supone una correspondencia entre la infracción y la sanción que se pretende imponer*”. OFICIO N° ST.130-2013 J

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

“El establecimiento de una determinada sanción respecto de una infracción administrativa se enmarca bajo el principio básico de *"proporcionalidad de las sanciones"*, según el cual la sanción debe corresponder de forma plena al ilícito administrativo. La sanción impuesta debe constituir una medida estrictamente necesaria para alcanzar el objetivo buscado. Por ende, no sólo es necesaria la previa tipificación legislativa de la infracción y la sanción aplicable, sino la posterior adecuación de la sanción al caso específico, lo que requiere la valoración de la culpabilidad del infractor, así como la gravedad de los hechos y, en algunos casos, hasta la personalidad o capacidad económica del partícipe. En consecuencia, con la valoración de todos estos aspectos hace posible que frente a circunstancias propias del caso que, al fin y al cabo, serán las que determinarán la sanción a imponer”⁵⁵

Sobre la predeterminación normativa:

*"...la tipificación de las conductas como tales, y también respecto de su graduación y escala de sanciones, de modo que el conjunto de normas aplicables permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta al administrado."*⁵⁶

Sobre el principio de proporcionalidad:

“Este principio se puede extraer de los numerales 392 y 403 de la Constitución Política. Cuando hablamos de la proporcionalidad, nos referimos a la relación entre la culpabilidad del autor de una conducta delictiva y la sanción que se debe aplicar por tal conducta. Es así como el legislador debe imponer una sanción, la cual debe ser la mínima necesaria dentro de un contexto del caso concreto.⁴ De forma que la limitación que se produzca no sea superior al beneficio que con ella se pretende beneficiar a los ciudadanos”.⁵⁷

Sobre el principio de razonabilidad:

“Este principio consiste en que la restricción a ciertos derechos solo debe justificarse por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio de igualdad. Resulta de esta manera válida que el legislador imponga una limitación a los derechos de un determinado individuo, cuando se demuestra que atienden al cumplimiento de otros fines que son más importantes a nivel constitucional.”⁵⁸

Claramente sanciones como el cierre definitivo de un negocio, la cancelación de patentes, comercial o industrial, la cancelación de asociaciones de carácter deportivo o de sociedades anónimas, son sanciones que en criterio de esta

⁵⁵ Dictamen C-222-2001 de la PGR

⁵⁶ Sala Constitucional Voto No. 8193-00

⁵⁷ Departamento de Servicios Técnicos. CON-008-2011 J 23 de febrero de 2011

⁵⁸ *Ibídem*

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

asesoría resultan ser desproporcionadas, pues si bien es cierto el Estado posee la capacidad de limitar los derechos fundamentales del administrado, pues en palabras de la Sala Constitucional no es posible calificar ningún derecho como absoluto⁵⁹, pero, cualquier limitación de esta naturaleza debe de ser necesaria, idónea y proporcional:

*“La **necesidad** de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La **idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la **proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. (...).”⁶⁰*

Debe entonces el legislador replantear este capítulo en virtud de los señalamientos realizados, pues claramente su redacción actual es en nuestro criterio inconstitucional y adolece de los presupuestos básicos para el establecimiento de sanciones, que deben de ser analizados a la luz de los principios constitucionales aquí enunciados.

⁵⁹ Res: 2003-02771 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.- *“En toda sociedad políticamente organizada, en general, la libertad aparece limitada de alguna forma. En un sistema democrático constitucional, en particular, esas limitaciones deben ser razonables, responder a la necesidad de salvaguardar los intereses individuales y de la comunidad. La decisión de limitarla corresponde exclusivamente al poder originario constituyente, para que eventuales limitaciones a la libertad no puedan conducir a su total desconocimiento o a limitaciones lesivas de la esencia del derecho individual”*

⁶⁰ Sala Constitucional. Resolución No. 8858-98 de las 16:33 hrs. de 15 de diciembre de 1998. Además véase sentencia No. 1739-92 de las 11:45 hrs. del 1° de julio de 1992 que en cuanto interesa dice: *“(...) razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad. (...).”*

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

En igual sentido deben de revisarse los procedimientos para la imposición de sanciones que se establecen en el artículo 554 del proyecto que remiten un grupo de sanciones al procedimiento establecido en la Ley General de la Administración Pública y otro tanto, a la jurisdicción civil.

Tómese en cuenta que según lo establece el proyecto de ley, el órgano que solicita la sanción es la Defensoría contra la Discriminación Racial, creado por el mismo proyecto por medio del artículo 9 como órgano adscrito a la Defensoría de los Habitantes. A dicho órgano se le confiere el cierre temporal o definitivo de negocios, la suspensión temporal o definitiva de patentes comerciales o industriales, indistintamente de que los procedimientos para dichos actos o sanciones.

3.6. Título IV (Debería leerse Título VI). Disposiciones Finales. Artículos 56 al 62

Descripción. Se trata de reformas a varias leyes para introducir la creación de la Defensoría de la Discriminación Racial como órgano adjunto a la Defensoría de los Habitantes, artículo 11 de la Ley N° 7319 de 17 de noviembre de 1992, así como otras reformas relativas a sanciones penales y administrativas que se intentan adecuar al Código Penal y a la Ley que elimina la Discriminación Racial en Educación y Medios de Comunicación, N° 7711 de 22 de noviembre de 1997.

Observaciones:

Artículo 57:

En cuanto a la reforma que se plantea al artículo 380 del Código Penal deberá el legislador considerar si lo propuesto resulta desproporcionado.

En la actualidad dicho artículo plantea sanción de 20 a 60 días multa, a la persona, al gerente o director de una institución oficial o privada, administrador de un establecimiento industrial o comercial, que aplicare cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión pública, origen social o situación económica.

La propuesta de ley propone que dicha conducta sea sancionada con pena de prisión de uno a cuatro años.

Así mismo dicho artículo contempla para casos de reincidencia y como pena accesoria, la suspensión de cargos u oficios públicos por un tiempo no menor de quince ni mayor de sesenta días.

La propuesta propone suspensión de cargos u oficios por un tiempo no menos de cuatro años.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

El máximo de la pena planteado en cuatro años de prisión es comparable con delitos establecidos en el Código Penal, como el de tenencia de material pornográfico (artículo 173 bis) usurpación (artículo 225) daño agravado (artículo 229) facilitación de delito informático (artículo 229) explotación de incapaces (artículo 244), desastre culposo (artículo 256) instigación pública (artículo 280) favorecimiento personal (artículo 329) receptación (artículo 331) favorecimientos real (artículo 332) negociaciones incompatibles (artículo 354) entre otros, por lo que deberá el legislador con base en los criterios de oportunidad y conveniencia, así como tomando en cuenta el principio de razonabilidad y proporcionalidad de las normas sancionatorias, si lo propuesto resulta ser excesivo o no.

Con el fin de no reiterar en cuanto a estos principios, remitimos respetuosamente a los legisladores, a lo indicado por esta asesoría con anterioridad en cuanto a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad que deben de guardar este tipo sanciones, respecto del bien o bienes jurídicos que se pretende tutelar y/o resguardar.

Artículo 58 y 59:

Proponen en su orden la modificación del artículo 13 de la Ley N° 218 Ley de Asociaciones de 8 de agosto de 1939 y el inciso e) del artículo 201 de la Ley N° 3284, que es el Código de Comercio, de 24 de abril de 1964, tanto para que sean causal de disolución de las asociaciones, así como de las sociedad anónimas, incurrir en “conductas que constituyan discriminación racial”.

Como lo hemos indicado anteriormente, el legislador para imponer sanciones se encuentra obligado a tipificarlas, por lo tanto la frase “conductas que constituyan discriminación racial” se encuentra obligado a describirlas, ya sea directamente en la norma que se pretenda reformar o refiriéndola a alguna otra normativa.

La descripción genérica de las conductas representa lo que la doctrina conceptualiza como un tipo abierto⁶¹, por lo que debe de ser revisado.

⁶¹ Sala Constitucional. Resolución N° 6410-96 de las 15:12 horas del 26 de noviembre de 1996 *“Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el “para qué” del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos.”*

Artículo 60:

Adiciona un artículo 4 bis a la Ley N° 7711 de 22 de noviembre de 1997 que sanciona con la cancelación de la concesión o licencia comercial según sea el caso a quienes difundan conceptos y mensajes publicitarios o educativos cuyos contenidos involucren discriminación por los motivos citados en el artículo 2 de esa ley. Esta prohibición abarcará la publicidad y las publicaciones de toda clase tanto en los medios de comunicación colectiva, radiofónica, televisiva o periodística, como en anuncios publicitarios, medios de difusión audiovisual y escrituras en general.

Por su parte el artículo 2 de dicha ley define discriminación a toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia, basada en la raza, el color, la religión, las creencias, la descendencia o el origen étnico, que anule o menoscabe el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales tanto en las esferas política, económica, social y cultural, como en cualquier otra.

Al respecto de esta reforma que propone este artículo del proyecto de ley, esta asesoría se encuentra en el deber de manifestar, que a todas luces puede colisionar en virtud de su redacción y en virtud de la severidad de la sanción, con otros derechos fundamentales, como de seguido nos permitimos explicarlo.

Pretender o intentar sancionar, con tanta severidad, a los medios de comunicación por algunos de sus contenidos, bien puede representar una vulneración de las libertades de prensa y opinión, especialmente si se toma en cuenta, que recientemente (mayo de 2015) el Presidente de la República, Luis Guillermo Solís, suscribió la Declaración de Chapultepec, ante una delegación internacional de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) que se destacó en San José para conmemorar el Día Mundial de la Libertad de Prensa, Declaración que entre otros principios se opone a (...) las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas...”

La reciente experiencia, respecto de un proyecto de ley de reforma a la ley de radio y televisión vigente, mediante la que, a título de borrador, el Poder Ejecutivo planteó idénticas sanciones de cierre y cancelación de licencias o concesiones a los medios de comunicación, por causa de contenidos reñidos con la moral, es un buen contexto para comprender la estrecha relación existente entre el Derecho a la Información, que guarda una estrecha relación con la libertad de expresión y el Derecho de Prensa, consiste en la facultad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, así como de su ejercicio la palabra impresa, las emisiones de radio y de televisión.

Ciertamente, esta asesoría comparte el espíritu del proyecto, pues resulta detestable e indeseable a nuestro sistema democrático cualquier forma de discriminación racial o étnica y especialmente si esta se promueve de alguna

forma por parte de los medios de comunicación. Lo que no comparte esta asesoría es el establecimiento de una sanción claramente exacerbada pues al establecerse la cancelación de concesiones y/o licencias por causa de contenidos de esa naturaleza, es a fin de cuentas una sanción, que no cumple con los principios de proporcionalidad y razonabilidad antes reseñados y colisiona con libertades fundamentales.

Así por ejemplo la Comisión y la Corte Interamericana han señalado que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y puede estar sujeto a ciertas limitaciones, pero, para ser legítimas, deben cumplir una serie de condiciones específicas (...) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines legítimos que se buscan; estrictamente proporcional a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr⁶².

La Sala Constitucional en su función de intérprete de la carta magna ha señalado el doble carácter del derecho a la información como derecho fundamental y como garantía institucional del régimen democrático. Esa garantía, dice la Sala, se concreta por la información que los medios brindan a la opinión pública, en aras de la transparencia y el efectivo control ciudadano. Ciertamente los medios están llamados a la auto regulación⁶³ pues existe responsabilidad respecto de la información que se lleva al público y la forma en que sean transmitido los mensajes y ciertamente, el legislador puede, en su función de hacer valer los mandatos que procedan del soberano, imponer aquellas sanciones necesarias para cumplir un fin que es a todas luces deseable –la no discriminación-, pero la búsqueda de lo uno y lo otro, debe guardar entero equilibrio para no traspasar los límites de derechos y libertades individuales igualmente preciados como aquel bien jurídico que se pretende tutelar.

Artículo 63:

Establece que la vigencia de la ley será de tres meses después de su publicación. Al respecto del rige en los proyectos de ley, esta asesoría ya ha

⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LIBERTAD DE EXPRESION Y ACCESO A LA INFORMACION Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>

⁶³ “Para Gerardo Albarrán (2002), “el periodismo profesional –solo puede considerarse así cuando es ético y responsable– pasa necesariamente por la autorregulación. Esta idea, aceptada por teóricos del Derecho y la Deontología, aún no acaba de permear todos los estratos de la prensa. Hoy es posible encontrar a muchos periodistas, editores y dueños de medios que se resisten a asumir la carga moral que les representa la ética” (párr. 11). Tomado de: La autorregulación como mecanismo para garantizar la calidad de contenido en los medios de comunicación costarricenses. Por: Alejandra Amador Salazar / Frederick Fallas Alfaro. Disponible en:

<http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/763/1/La%20autorregulaci%C3%B3n%20como%20mecanismo%20para%20garantizar%20la%20calidad%20de%20contenido%20en%20los%20medios%20de%20comunicaci%C3%B3n%20costarricenses.pdf>

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

indicado en otras oportunidades que “ (...) Si bien las propuestas legislativas pueden poner un plazo razonable para que el mismo sea emitido, por razones de técnica legislativa, el rige de una ley no debe formar parte de un artículo, simplemente se debe indicar “Rige a partir de su publicación” al final del articulado”⁶⁴.

IV.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Votación

De conformidad con lo que dispone el artículo 119 de la Constitución Política, el proyecto de ley requiere para su aprobación de la mayoría absoluta de los votos de los presentes

Delegación

La presente iniciativa conforme al artículo 124 de la Constitución Política, puede ser delegada en una Comisión con Potestad Legislativa Plena.

Consultas

Obligatorias:

- Corte Suprema de Justicia.
- Municipalidades del país
- Caja Costarricense de Seguro Social
- Instituciones Autónomas
- Universidades Públicas
- Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación
- Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo
- Consejo Superior de Educación
- Territorios indígenas

Facultativas:

- Defensoría de los Habitantes
- Cámara de Comercio de Costa Rica
- Ministerio de Salud
- Ministerio de Educación Pública
- Ministerio de Vivienda
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
- Ministerio de Hacienda
- Ministerio de la Presidencia

⁶⁴ Departamento de Servicios Técnicos. OFICIO N° ST.218-2013 I

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

- Empresas Públicas
- Colegio de Periodistas
- Procuraduría General de la República.

V.- FUENTES

Constitución Política

- ✓ Convenciones internacionales: Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Leyes:

- Decreto-Ley N° 836 de la Junta Fundadora de la Segunda República, del día 4 de noviembre de 1949, Ley N° 31 de 10 de diciembre de 1934, Ley No. 1902 del 9 de julio de 1955, Ley N° 2694 de 22 de noviembre de 1960, Ley número 3844 del 5 de enero de 1967, Ley N° 4015 del 9 de diciembre de 1967, Ley N° 4230 de 21 de noviembre de 1968, Ley N° 7711 de 22 de octubre de 1997, Ley N° 4466, de 19 de noviembre de 1969, Ley N° 6050 de 14 de marzo de 1977 Ley N° 7052 de 13 de Noviembre de 1986, Ley N° 8653 de 22 de julio de 2008, Ley N° 8862 de 16 de setiembre de 2010, Ley N° 7092 de 21 de abril de 1988.
- Resoluciones de la Sala Constitucional: N° 2006-007608, N° 2013-3090, N° 2002-12019, N°1997- 6345, N° 0814-2004, N° 2000- 08193, N° 2012-005973, No. 8193-2000, N°2003-02771 No. 8858-1998, No. 1739-1992, N° 6410-1996
- Procuraduría General de la República: Opinión Jurídica OJ-016-2007, OJ-188-2001, Consultas: C-171-2009, C-128-98, C-279-98 y C-182-2000, C-222-2001
- Decretos Ejecutivos: N° 6776 RE -2011, N° 33411-2006, N° 37185-2012
- Contraloría General República: Resolución N° 277-97, de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1997.
- Departamento de Servicios Técnicos: N° ST. 008-2007 J. N° ST.127-2010 I, N° ST.130-2013 J, CON-008-2011 J y N° ST.218-2013 I

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Otros:

- Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban en 2001
- Acta N° 104 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 celebrada el 7 de julio
- Política Nacional Para Una Sociedad Libre de Racismo, Discriminación Racial y Xenofobia (2014 – 2025). Disponible en Gaceta Digital. Año CXXXVI. CR
- Examen Periódico Universal, Costa Rica. Second Review Session 19 Review in the Working Group: 5 May 2014 Adoption in the Plenary: 19 September 2014. Disponible en: http://www.upr-info.org/sites/default/files/document/costa_rica/session_19_-_april_2014/a_hrc_27_12_s.pdf
- El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja desapareja. Disponible en:
 - http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish.pdf
- Santiago Juárez, Mario. Acciones Afirmativas. Tomado de: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/AA_MSJ.pdf
- Colección de Leyes y Decretos. Edición publicada bajo la dirección del Lic. Héctor Beeche. Imprenta Nacional, san José, Costa Rica, 1949. Pp.678
- Sawyers Royal, Kathleen en el ensayo: Participación política del negro limonense. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/2433/243320976025.pdf>
- Nikken, Pablo. (2010) Revista: Instituto Interamericano de Derecho Humanos: Artículo: La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales* pág. 68
- Manual Explicativo de los Organigramas del Sector Público Costarricense Elaborado por Mideplan, UCR y El Estado de la Nación tomado de: http://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/237a1427-b5f7-4b41-be16-8993ca567e32/organigrama_del_sector_publico.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LIBERTAD DE EXPRESION Y ACCESO A LA

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

INFORMACION Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>

- La autorregulación como mecanismo para garantizar la calidad de contenido en los medios de comunicación costarricenses. Por: Alejandra Amador Salazar / Frederick Fallas Alfaro. Disponible en: <http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/763/1/La%20autorregulaci%C3%B3n%20como%20mecanismo%20para%20garantizar%20la%20calidad%20de%20contenido%20en%20los%20medios%20de%20comunicaci%C3%B3n%20costarricenses.pdf>

/eeb.-

14 de agosto de 2015