

UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACION INTERNACIONAL

(UCI)

**LA DETENCION ADMINISTRATIVA POR CONTROL MIGRATORIO:
UNA PRIVACION DE LIBERTAD SIN GARANTIA JUDICIAL**

ANDREA HIDALGO SABORIO

**PROYECTO FINAL DE GRADUACION PRESENTADO COMO REQUISITO
PARCIAL PARA OPTAR POR EL TITULO DE MASTER EN CRIMINOLOGÍA
CON MENCIÓN EN SEGURIDAD HUMANA**

SAN JOSÉ, COSTA RICA

SETIEMBRE, 2009

UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACION INTERNACIONAL

(UCI)

Este Proyecto Final de Graduación fue aprobado por la Universidad como
Requisito parcial para optar al grado de Máster en Criminología con mención en
Seguridad Humana

Max Alberto Esquivel Faerron

PROFESOR TUTOR

Alvaro Paniagua Núñez

LECTOR No.1

Vanesa Leandro Reyes

LECTORA No.2

Andrea Hidalgo Saborío

SUSTENTANTE

DEDICATORIA

A DIOS, por haber llenado mi vida de bendiciones

A mis padres, FABIO Y GUISELLE, por haberme enseñado a luchar por lo que quiero, a superarme en la vida y a no olvidar las cosas que realmente son importantes

A mi esposo, RICARDO, por toda su ayuda, apoyo y comprensión. Sin ti no lo hubiera logrado. Gracias por estar a mi lado y ser parte de mi vida

A mis suegros, GERARDO Y DAMARIS, por ser como unos padres para mí. Gracias por todo

A mis hermanos, REBECA, ERICK, ROY Y MARIA PAULA porque no hay nada imposible si ponemos el corazón como motor para lograrlo

A mi querida amiga, PATRICIA, por ser irremplazable. ¡Lo logramos!

AGRADECIMIENTOS

A la Defensoría de los Habitantes, que me concedió la beca para realizar esta Maestría, principalmente, por haberme enseñado que no hay vida sin Derechos Humanos y que todos merecemos una oportunidad

A Max Alberto Esquivel, mi amigo y tutor, por haber asumido el reto de revisar mis ideas y creer en mi capacidad para lograrlo

A mis amigos y lectores, Vanesa Leandro y Alvaro Paniagua, por decir “SI” y ser parte de mi esfuerzo

**LA DETENCION ADMINISTRATIVA POR CONTROL MIGRATORIO:
UNA PRIVACION DE LIBERTAD SIN GARANTIA JUDICIAL**

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 10 |
| MARCO TEÓRICO | 14 |
| MARCO METODOLÓGICO | 22 |
| CAPITULO 1 | 23 |
| MIGRACION Y REFUGIO | |
| a. Consideraciones Preliminares | 24 |
| b. El Derecho a la Seguridad Humana de la Población Migrante y Refugiada | 25 |
| c. Principio de Igualdad y No Discriminación: Pilar fundamental en el abordaje del fenómeno migratorio | 27 |
| d. Carácter Jus Cogens del Principio de Igualdad y No Discriminación | 31 |
| CAPITULO 2 | 37 |
| EL FENOMENO DE LA MIGRACION EN COSTA RICA | |
| a. Consideraciones Generales | 38 |
| b. Percepción de la población costarricense respecto de la población extranjera que habita en Costa Rica | 40 |
| c. Criminalización de la migración: una respuesta inadecuada a algunas de las causas de la inseguridad ciudadana | 47 |
| d. Desarrollo del Principio de Igualdad y No Discriminación por parte de la Sala Constitucional, en relación con la población migrante y refugiada | 54 |
| e. Necesidad-obligación de atender el fenómeno de la migración mediante un abordaje integral | 59 |
| CAPITULO 3. | 71 |
| NORMATIVA QUE REGULA EL FENOMENO DE LA MIGRACION EN COSTA RICA: CONTROL MIGRATORIO Y DETENCION ADMINISTRATIVA | |
| a. Consideraciones Generales | 71 |

| | |
|---|------------|
| b. Definición de control migratorio como parte de las facultades que poseen las autoridades migratorias | 72 |
| c. Amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de las autoridades migratorias en el ejercicio del control migratorio | 75 |
| d. Detención administrativa por razones de control migratorio: una privación de libertad por infracción de una normativa de carácter administrativo | 85 |
| e. Características de la detención administrativa por razones de control migratorio | 93 |
| f. Legislación comparada en relación con la medida de aprehensión o detención por razones de control migratorio. | 106 |
| | |
| CAPITULO 4. | 114 |
| GARANTIAS DEL DEBIDO PROCESO DE UNA PERSONA QUE SE ENCUENTRA EN DETENCION ADMINISTRATIVA POR RAZONES DE CONTROL MIGRATORIO | |
| a. Derecho a la información | 119 |
| b. Derecho de defensa | 121 |
| c. Derecho a asesoría jurídica | 121 |
| d. Derecho a la comunicación privada con su representante legal | 122 |
| e. Derecho a la asistencia consular | 123 |
| | |
| CAPITULO 5. | 127 |
| GARANTIA DE CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS DETENCIONES ADMINISTRATIVAS. NECESIDAD DE UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO | |
| a. Consideraciones preliminares | 128 |
| b. La idoneidad o no del Recurso de Habeas Corpus en la revisión de las detenciones administrativas por razones de control migratorio | 137 |
| c. Jurisdicción Contencioso-administrativa: vía jurisdiccional idónea para la revisión de la detención administrativa por razones de control migratorio | 140 |
| | |
| CAPITULO 6. | 144 |
| CONDICIONES DE DETENCION DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A CONTROL MIGRATORIO | |
| a. Derecho a la protección de la integridad física | 155 |
| b. Derecho al contacto con el mundo exterior | 157 |
| c. Derecho a la salud | 159 |

| | |
|--|------------|
| d. Derecho a la atención psicosocial | 160 |
| e. Derecho a la alimentación | 160 |
| f. Derecho a la educación y recreación | 160 |
| g. Derecho a la higiene personal | 161 |
| h. Derecho a la libertad de culto y expresión | 161 |
| i. Derecho de petición | 161 |
| j. Derecho a no ser privado de sus bienes y pertenencias | 161 |
| | |
| CONCLUSION | 163 |
| | |
| RECOMENDACIONES | 167 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA | 170 |

RESUMEN EJECUTIVO

Cada vez más, alrededor del mundo, miles de personas han salido de sus países de origen, no solo en busca de mejores condiciones de vida que les permitan satisfacer sus necesidades básicas y la de sus familias, sino también, porque su vida, libertad e integridad física han estado en riesgo, o porque lamentablemente han sido víctimas de las redes de tráfico ilícito y trata de personas, organizaciones que las han sometido a las más inimaginables condiciones de trato inhumano que puedan pensarse.

Teniendo en cuenta el factor de necesidad o urgencia que motiva este desplazamiento de personas, debe quedar claro que dicha movilización no siempre se realiza cumpliendo a cabalidad las disposiciones establecidas por el país de destino para el ingreso y permanencia en su territorio. A pesar de que en la actualidad es imposible conocer la cantidad de personas que migra en condición irregular, lo cierto del caso es que esta cifra ha ido en aumento, probablemente, porque los Estados han experimentado la urgencia de reformar la legislación existente y lograr un control migratorio eficaz y oportuno tanto dentro como fuera de sus fronteras.

Así las cosas, en la mayoría de los Estados de la Región, incluido el nuestro, la detención administrativa se vislumbra como una medida efectiva para asegurar que éstos podrán aplicar las sanciones correspondientes a quienes no cumplan con las disposiciones mencionadas en el párrafo anterior.

A pesar de que a nivel internacional se reconoce la potestad que poseen los Estados para controlar los flujos migratorios que entran, permanecen y salen de sus territorios, resulta indispensable que el Estado costarricense interiorice que ese control migratorio que puede realizar no es ilimitado, pese al poder soberano que pareciera respaldarlo, sino que, como Estado de Derecho, debe garantizar el respeto de los Derechos Humanos de las personas sometidas a ese poder, independientemente del procedimiento migratorio iniciado en su contra y de las sanciones administrativas que correspondan.

De conformidad con lo anterior, el presente trabajo pretende analizar la figura de la detención administrativa por razones de control migratorio, que se aplica a personas extranjeras en condición migratoria irregular y solicitantes de la condición de refugiado cuando sea procedente, con el propósito de demostrar que, en el tanto implica una privación de libertad, deben respetarse las garantías derivadas del debido proceso, principalmente, la revisión judicial.

Para ello, se tomarán en cuenta la legislación nacional que rige en la materia y aquella que ha sido aprobada en forma reciente, además, de la normativa internacional en materia de protección de Derechos Humanos que también tiene

plena vigencia en nuestro país. Lo anterior, con el propósito de definir en qué consiste la detención administrativa por razones de control migratorio y la aplicación de esta figura por parte de la Dirección General de Migración y Extranjería; así como delimitar las garantías del debido proceso de una persona que se encuentra bajo este tipo de detención.

A pesar de que con la aprobación de la Ley de Migración y Extranjería N° 8764, se incluyeron algunas reformas importantes en relación con la regulación de la detención administrativa por razones de control migratorio, como por ejemplo, la definición de plazos máximos de detención; aún resultan indispensables otras que permitan garantizar el derecho al debido proceso reconocido en instrumentos internacionales y en nuestro ordenamiento jurídico, independiente de la condición migratoria en la que se encuentre la persona extranjera.

En ese sentido, se estima importante que se promuevan las reformas legislativas correspondientes para establecer la obligación de que exista una autoridad judicial que determine si su aplicación y continuidad responde a los Principios de Razonabilidad, Proporcionalidad y Objetividad exigidos para su legalidad.

Considerando que la detención administrativa es ejecutada por una instancia de carácter administrativo en aplicación de una legislación de la misma naturaleza, la Jurisdicción Contencioso Administrativa se constituye en la jurisdicción competente para revisar las medidas impuestas por las autoridades migratorias, en el tanto a ésta le corresponde revisar la función administrativa, con el objeto de garantizar su legalidad.

Por otro lado, se hacen indispensables las reformas legales que se requieran para garantizar que las personas detenidas por razones de control migratorio, permanecerán en un lugar que reúna las condiciones necesarias para garantizar su derecho a la dignidad humana e integridad personal, hasta tanto no sea resuelta su situación migratoria. Justificaciones como la falta de presupuesto o la inexistencia de un lugar que reúna estas condiciones, no son válidas cuando el respeto de los Derechos Humanos de las personas extranjeras sometidas a control migratorio, se impone ante cualquier potestad o función desarrollada por las autoridades en cuestión en el marco de ese control.

INTRODUCCION

Durante muchos años, el reconocimiento por los Derechos Humanos de todas las personas implicó luchas constantes y enfrentamientos políticos, ante la pretensión de sobreponer el poder de los Estados al respeto a la dignidad humana y la igualdad de las personas ante la ley, es decir, al respeto de esos derechos. Como resultado de estas luchas, en la actualidad, en la mayoría de los países ya no resultan válidas las diferencias entre personas basadas en aspectos discriminatorios con motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, condición social o económica o de cualquier otra índole, que lesionen la dignidad humana.

Así, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha permitido afianzar la concepción de que la dignidad del ser humano se impone a la voluntad de un Estado y no viceversa. Esto implica que las políticas públicas deben orientarse a satisfacer y garantizar los Derechos Humanos de las personas que habitan en su territorio, y no pretenden que éstas estén únicamente para satisfacer los intereses particulares de ese Estado.

En lo que respecta al fenómeno de la migración a nivel mundial, resulta importante acotar que los movimientos-desplazamientos de personas de un lugar a otro, fuera o dentro del país del cual son nacionales, responden a una necesidad fundamentada en diferentes razones y circunstancias, como por ejemplo, la búsqueda de un destino digno, próspero, libre y sin violencia, que se ha producido en las sociedades desde hace varios miles de años. Es difícil precisar su comienzo y, posiblemente no tengan final, lo cierto del caso es que han ido en aumento en los últimos tiempos y merecen una respuesta estatal que garantice la protección de sus Derechos Humanos, independiente de la condición en la que se encuentren.

La movilización de las personas alrededor del mundo, como fenómeno que se ha convertido en una constante en el desarrollo de los pueblos, no responde únicamente a la voluntad de quienes toman la decisión de buscar un destino diferente para crecer y vivir, ya que existen causas externas (contexto social, político, económico y razones de orden geográficas y naturales) que obligan a estas personas a tomarla, y dejar atrás la vida que conocían, la vida que compartían con su familia, por ir en busca de otra completamente desconocida y muchas veces expuestas a crueles injusticias de parte de quienes se enriquecen con el dolor y el sufrimiento humano.

Dentro de ese orden de ideas, especial protección merecen aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por estar expuestas a diferentes condiciones que ponen en riesgo su vida e integridad personal; tales como, víctimas del tráfico ilícito de migrantes; trata de personas -explotación sexual, comercial, laboral-; discriminación por su condición de mujer, de personas menores de edad, con discapacidad, además de aquellas situaciones que se producen como resultado de manifestaciones xenofóbicas por parte de la sociedad a la que llegan. Y entre éstas, principalmente, aquellas que se encuentran en condición migratoria irregular, debido a que experimentan una doble vulnerabilidad por cuanto el no contar con documentación que les permita ingresar y permanecer en el país siguiendo las disposiciones establecidas, las excluye de la posibilidad de optar por otros derechos básicos como justicia, educación, trabajo, salud, entre otros y les impide integrarse en forma adecuada, sin prejuicios ni rencores, a la sociedad que los ve llegar.

La realidad que viven estas personas, las injusticias señaladas, su sufrimiento y la violación de sus derechos humanos, son una justificación válida para que, día a día, se continúe luchando por el reconocimiento y protección de sus Derechos

Humanos. Sobre todo cuando es el mismo Estado el que debe aceptar que su poder soberano no es ilimitado, sino que, por el contrario, tiene como techo precisamente la protección de los derechos de quienes habitan en su territorio independientemente de su nacionalidad o condición migratoria.

Como parte de ese poder que corresponde al Estado, debe entenderse que el control migratorio es una medida puesta a su disposición para hacer cumplir la legislación vigente, pero nunca debe ser concebido como una justificación para que sea este mismo el que viole los Derechos Humanos de las personas que migran, aún y cuando éstas lo hayan hecho en condición irregular.

En ese sentido, el Principio de Igualdad y No Discriminación independientemente de la condición migratoria de una persona, se convierte en una condición indispensable para garantizar los derechos de esta población. Cualquier acción o medida que se disponga para lograr la ejecución de ese control migratorio y, por ende, de una de las sanciones establecidas para esos efectos, debe garantizar el respeto al debido proceso, la dignidad humana, la integridad y libertad personal, sin discriminación de ninguna naturaleza.

A pesar de que la legislación migratoria reconoce la potestad de privar de la libertad de tránsito a una persona extranjera sometida al control migratorio, tal y como se desarrollará y quedará demostrado en este trabajo, en el tanto la imposición de esta medida constituye una limitación a un derecho humano fundamental, la decisión de las autoridades migratorias no debe ejecutarse al margen del control judicial que resulta necesario para garantizar que la misma se realice en estricto apego a los estándares internacionales vigentes en la materia.

De conformidad con lo anterior, el presente trabajo pretende analizar la figura de la detención administrativa por razones de control migratorio, que se aplica a

personas extranjeras en condición migratoria irregular y a solicitantes de la condición de refugiado cuando sea procedente, con el propósito de demostrar que, en el tanto implica una privación de libertad, deben respetarse las garantías derivadas del debido proceso, principalmente, la revisión judicial.

MARCO TEORICO

El presente trabajo de investigación pretende analizar la figura de la detención administrativa por razones de control migratorio, que se aplica a personas extranjeras en condición migratoria irregular y solicitantes de la condición de refugiado cuando sea procedente, con el propósito de demostrar que, en el tanto implica una privación de libertad, deben respetarse las garantías derivadas del debido proceso, principalmente, la revisión judicial.

Para ello resulta indispensable hacer referencia a algunos conceptos que se desarrollarán más adelante, y que permiten entender con mayor claridad la necesidad de que el Estado costarricense promueva las reformas legislativas que se requieran para garantizar a las personas extranjeras sometidas a estos procesos, todas las garantías propias del derecho al debido proceso, independientemente de la condición migratoria en la que éstas se encuentren.

En ese sentido, se considera de trascendental importancia hacer referencia a la distinción que existe entre población migrante y población refugiada y solicitante de esta condición, debido a que a partir de las circunstancias y normativa existente en relación con cada uno de estos segmentos poblacionales, la decisión administrativa para proceder con la detención de una persona migrante debe estar necesariamente fundamentada en otras razones que aquellas que justifican la detención de una persona refugiada.

A pesar de que a nivel internacional no existe una definición única del término “migrante”, la Organización Internacional para las Migraciones ha señalado que este concepto incluye usualmente a todas las personas en las que la decisión de migrar es tomada libremente por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello; con miras a mejorar, para

sí y para sus familias, sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas de vida.

Por su parte, de conformidad con lo contemplado por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, el concepto de “refugiado” comprende a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión o nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En línea con lo anterior, la Ley de Migración y Extranjería que se encuentra vigente establece las diferentes categorías migratorias que pueden ser reconocidas o autorizadas por la Dirección de Migración, entre éstas, residencia permanente, residencia temporal, categorías especiales entre las que se ubica a los refugiados, trabajadores temporales, trabajadores transfronterizos, entre otras.

En ese sentido, aquellas personas extranjeras que se encuentren en el país sin cumplir con los requisitos establecidos para el ingreso y permanencia, pueden ser sujetas de los procedimientos de control migratorio que regula la legislación que rige en la materia. Según lo que establece la Ley de Migración y Extranjería el control migratorio es una de las funciones de las autoridades migratorias para vigilar y controlar los movimientos migratorios.

Al respecto, la Sala Constitucional plasmó una definición de control migratorio que, para efectos de este trabajo, se estima importante transcribir: “(...) *El derecho internacional reconoce a los Estados absoluta determinación de los requisitos para*

permitir el ingreso y estadía de los extranjeros a su territorio. No se admite el ingreso incondicional de todo aquel que pretenda vivir en otro Estado que no es el propio. La Convención de Derecho Internacional Privado suscrita en La Habana en 1928, que contiene el denominado Código de Bustamante establece que cada Estado puede promulgar condiciones especiales en relación con los extranjeros que ingresen al territorio, sea por razones de orden público o de interés nacional, bajo las reglas impuestas por cada Constitución Política y por las obligaciones internacionales. Con fundamento en esta tesis cada Estado tiene la posibilidad de imponer reglas y procedimientos para la entrada y salida de extranjeros y definir la política migratoria que considere como más adaptada a su realidad. Esta regulación es lo que comúnmente se denomina control migratorio y comprende una serie de mecanismos y procedimientos para garantizar que el ingreso y egreso de extranjeros se ajuste tanto a nuestro ordenamiento jurídico como a las normas internacionales”.

No obstante lo anterior, debe quedar claro que el Estado costarricense no posee un poder ilimitado para ejercer el control migratorio al que se ha hecho referencia. Como Estado de Derecho, está obligado a garantizar los Derechos Humanos de las personas extranjeras sometidas a estos procesos, independientemente de la condición migratoria en la que se encuentran.

El derecho a la Seguridad Humana de toda persona sin discriminación alguna es parte de ese conjunto de Derechos Humanos que el Estado debe garantizar y que comprende el acceso a los derechos y oportunidades necesarias para lograr una vida en condiciones dignas. Según lo que establece el Fondo de Población de las Naciones Unidas, como parte de estos derechos podrían citarse “desde la protección a la vida humana y la integridad física, pasando por el acceso a un trabajo digno y a servicios adecuados de salud y educación, hasta llegar al disfrute de la paz y de un ambiente sano, solo por mencionar algunos. Los Derechos

Humanos constituyen un piso mínimo de prestaciones exigibles por cualquier persona, cuya tutela efectiva es condición sine qua non para la expansión de las capacidades humanas. En cuanto piso mínimo exigible, los Derechos Humanos son, ante todo, una garantía de seguridad para las personas”.

El profesor Rodolfo Piza Rocafort, refiriéndose al Principio de Igualdad que debe garantizarse en el respeto de los Derechos Humanos de todas las personas sin discriminación alguna, indica: *“desde el punto de vista jurídico, la igualdad ante la ley se nos presenta como una exigencia de generalidad y como una prohibición de discriminación. En función de ambas exigencias, la igualdad opera como un principio de interpretación y aplicación de todos los demás derechos y manifestaciones de la libertad y, a su vez, como un derecho de carácter autónomo exigible por sí mismo. El derecho a la igualdad ante la ley, con su corolario de no discriminación y respeto a la dignidad, no significa que todas las personas hayan de ser tratadas idénticamente, ni que sea ilegítima toda distinción entre unos y otros. Es claro que, como lo ha dicho la jurisprudencia de todos los tribunales constitucionales e internacionales, en aras de una auténtica igualdad, debe darse a los iguales un trato igual y a los desiguales uno desigual.”*

De conformidad con lo anterior, está claro que a pesar de que el Estado costarricense posee la facultad de definir la política migratoria que regirá el país en la materia, con el propósito de garantizar los Derechos Humanos de esta población, esa política migratoria debe ir más allá de un enfoque de control, ya que debe brindar una respuesta integral a este fenómeno, participando a todos los sectores sociales que de una u otra forma están involucrados en esta atención.

En relación con esta potestad que posee el Estado costarricense para definir la política migratoria del país, la Sala Constitucional ha señalado que *“como una manifestación de la soberanía, tanto en el derecho nacional como en el*

internacional, se le reconoce al Estado la potestad de establecer la política migratoria del país, esto es, la determinación de las reglas relativas a regular el ingreso y permanencia en el territorio nacional de los extranjeros, sea temporal o permanente; potestad que debe ejercer con absoluto respeto a los principios y normas constitucionales, para garantizar al extranjero un trato objetivo, fundado en la dignidad del ser humano y en el respeto de los derechos fundamentales” (Resolución N° 1312-99).

Ahora bien, retomando el tema de las potestades de control migratorio y la figura de la detención administrativa desarrollada en este trabajo, según lo que establece el Derecho Administrativo las potestades discrecionales de la Administración Pública suponen la posibilidad de elegir, entre una pluralidad de soluciones todas igualmente válidas, aquella que estime conveniente para la consecución de sus objetivos, claro está, en función del análisis de las circunstancias propias de cada caso concreto, en estricto apego al principio de legalidad y debido proceso.

En ese sentido, la detención administrativa resulta ser una de las opciones que las autoridades migratorias tienen a su disposición para garantizar la aplicación de las sanciones administrativas que establece la legislación migratoria vigente. Otra de estas opciones supone la firma o presentación periódica ante dichas autoridades. No obstante, lamentablemente, ésta es la que más se utiliza para hacer efectivas esas sanciones.

Según la Organización Internacional para las Migraciones, la figura de la detención se puede definir de la siguiente forma: *“Restricción de la libertad de movimiento de una persona por las autoridades del Estado, generalmente en oficinas públicas facultadas para ello: cárceles, retenes, prefecturas, áreas de seguridad. Hay dos tipos de detención: detención penal que tiene como propósito el castigo por la realización de un delito y detención administrativa vinculada a otras circunstancias*

no penales que darán lugar a otras medidas administrativas, como, por ejemplo, la deportación o expulsión. En la mayoría de los países los migrantes irregulares están sujetos a detención administrativa ya que han violado las normas de inmigración, lo que no se considera un delito”.

Ahora bien, como medida de privación de libertad resulta necesario que las autoridades migratorias garanticen el derecho al debido proceso a toda persona sometida a control migratorio. La Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones (RRCOM), en su documento denominado “Lineamientos Regionales para la protección de los Derechos Humanos de los y las migrantes en situaciones de verificación del estatus migratorio, detención, deportación y recepción”, estableció que: *“Todas las personas migrantes tienen derecho a que la decisión en torno a su status migratorio se tome y ejecute con pleno respeto y garantía del derecho al debido proceso. Los siguientes elementos configuran el derecho al debido proceso: juez o autoridad administrativa responsable e imparcial, derecho a la defensa, derecho a la información, traducción e interpretación de los procedimientos en una lengua que entienda el migrante, derecho a la representación legal, derecho a la revisión judicial y acceso a las autoridades consulares”* (Lineamiento 5).

Sin lugar a dudas, el derecho a tener acceso a una justicia pronta y cumplida es un derecho que por su relevancia y necesaria protección, ha sido desarrollado en distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Así por ejemplo el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconoce el derecho al debido proceso y la necesidad de revisión judicial, como parámetro de validez de las actuaciones que restrinjan la libertad de una persona. Específicamente los incisos 5 y 6 establecen lo siguiente:

“5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales (...).”

Teniendo en cuenta que la privación de libertad por razones de control migratorio es una medida que se impone por una infracción a una disposición legal de carácter administrativo y es ordenada por una autoridad administrativa, corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa la revisión de los fundamentos utilizados por las autoridades migratorias para mantener detenida a una persona extranjera bajo sus órdenes y los motivos en virtud de los cuales, a su criterio, no resulta viable la aplicación de otra medida menos gravosa en el tanto se ejecuta el proceso de deportación iniciado.

De conformidad con lo anterior, el artículo 49 de la Constitución Política establece *“la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La ley protegerá al menos los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”*.

Finalmente, en términos generales, sobre las condiciones de detención de una persona privada de libertad, el Profesor José Manuel Arroyo señaló que *“toda persona privada de libertad obtiene una serie de garantías y derechos derivados directamente de su especial sujeción a la Administración. Así la Sala*

Constitucional ha dicho: “Existen ciertas reglas mínimas que se deben cumplir en estos lugares (los centros penales o de detención), como el deber de alimentación, el derecho a comunicarse con sus familiares, su abogado, el acceso al agua, techo, cama y, por supuesto, el respeto de los derechos humanos fundamentales como lo son la vida y la salud. El interno pues, como persona que es, está bajo la responsabilidad del ente que lo custodia, por encontrarse privado de su libertad”.

MARCO METODOLOGICO

Con el propósito de lograr el desarrollo de la presente investigación, se realizó un análisis de la normativa nacional e internacional que se encuentra vigente en nuestro país en relación con las potestades de control que poseen las autoridades migratorias y las sanciones que éstas pueden aplicar a quienes no cumplan con las disposiciones establecidas para el ingreso y permanencia en el país.

Asimismo, se tomaron como antecedentes y referencia, algunos libros, documentos e informes emitidos por organismos e instancias de carácter internacional que han desarrollado el Principio de Igualdad y No Discriminación, la figura de la detención administrativa por razones de control migratorio, las garantías del derecho al debido proceso y las condiciones que se deben garantizar durante la detención.

Igualmente, se analizaron algunas resoluciones emitidas por la Sala Constitucional en materia de protección de derechos humanos fundamentales, entre éstos, el Derecho de Igualdad y No Discriminación.

Por otro lado, se analizaron informes emitidos por instancias de control nacional como la Contraloría General de la República y se realizó una revisión hemerográfica en relación con la percepción de la población costarricense respecto de la población extranjera.

CAPÍTULO 1
MIGRACION Y REFUGIO

a. Consideraciones preliminares

Para efectos de este trabajo resulta de trascendental importancia hacer referencia a la distinción que existe entre población migrante y población refugiada, ya que según las circunstancias y normativa existente en relación con cada uno de estos grupos, la decisión de detener a una de estas personas debe fundamentarse en razones diferentes.

A nivel internacional no hay definición única del término “migrante”. Sin embargo, según lo ha considerado la Organización Internacional para las Migraciones este concepto incluye usualmente a todas las personas en las que la decisión de migrar es tomada libremente por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello; con miras a mejorar, para sí y para sus familias, sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas de vida. (OIM, 2006).

Por su parte, de conformidad con lo contemplado por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, el concepto de refugiado comprende a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión o nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Obsérvese que la distinción fundamental entre el migrante “usual” y el refugiado, radica en el motivo de la decisión de migrar, aunque en ambos casos es obvio que se realiza ese desplazamiento o movimiento al que se ha hecho referencia.

b. El Derecho a la Seguridad Humana de la Población Migrante y Refugiada.

Un adecuado abordaje del fenómeno de la migración por parte de los Estados supone, necesariamente, una respuesta integral mediante un conjunto de políticas públicas que además de garantizar la integración de la población migrante a la nacional, establezcan un marco legal, administrativo, judicial y social en virtud del cual se respeten los Derechos Humanos de toda la población que habita en el territorio costarricense, independientemente de su nacionalidad o condición migratoria.

El derecho a la Seguridad Humana de toda persona sin discriminación alguna es parte de ese conjunto de Derechos Humanos que el Estado debe garantizar y que comprende el acceso a los derechos y oportunidades necesarias para lograr una vida en condiciones dignas. Como parte de estos derechos podrían citarse *“desde la protección a la vida humana y la integridad física, pasando por el acceso a un trabajo digno y a servicios adecuados de salud y educación, hasta llegar al disfrute de la paz y de un ambiente sano, solo por mencionar algunos. Los Derechos Humanos constituyen un piso mínimo de prestaciones exigibles por cualquier persona, cuya tutela efectiva es condición sine qua non para la expansión de las capacidades humanas. En cuanto piso mínimo exigible, los Derechos Humanos son, ante todo, una garantía de seguridad para las personas”*. (PNUD, 2005).

No obstante, a nivel internacional, se suele brindar atención al fenómeno de la migración mediante su vinculación con el tema de seguridad ciudadana, es decir, a la necesidad de establecer un control que permita proteger los intereses nacionales (Estado-nación), sin tomar en cuenta la obligatoriedad de generar las oportunidades sociales, económicas, culturales y de desarrollo indispensables para que la población nacional pueda crecer en conjunto con la población

extranjera, reconociendo a esta última el aporte que representa para el crecimiento del país.

De conformidad con lo anterior, el Derecho a la Seguridad Humana implica necesariamente la satisfacción de las necesidades fundamentales de todas las personas en condiciones de igualdad. Cualquier discriminación, incluidas aquellas basadas en el origen nacional, pone en riesgo este derecho y niega las oportunidades sociales, económicas, culturales, entre otras, necesarias para lograr una vida digna. En relación con lo anterior, se estima importante traer a colación la siguiente cita textual:

“La seguridad humana está centrada en el ser humano. Se preocupa por la forma en que la gente vive y respira en una sociedad, la libertad con que puede ejercer diversas opciones, el grado de acceso al mercado y a las oportunidades sociales y la vida en conflicto o en paz. Se puede decir que la seguridad tiene dos aspectos principales. El concepto de seguridad humana destaca que la gente debe estar en condiciones de cuidarse por sí misma: todos deben tener oportunidad de satisfacer sus necesidades más esenciales y de ganarse la vida. Esto los liberará y ayudará a asegurar que pueden hacer una contribución cabal al desarrollo, a su propio desarrollo y al de su comunidad, su país y el mundo. La seguridad humana es un componente crítico del desarrollo con participación” (PNUD, 1994).

En ese sentido, las medidas, disposiciones, acciones y legislación que un Estado emita para garantizar la protección de los Derechos Humanos de sus habitantes, debe incluir a la población migrante y refugiada. Un Estado de Derecho no debe excluir a un sector de población en el goce de derechos fundamentales, sino que debe ser inclusivo y garantista, debe generar las oportunidades de vida suficientes para que todos y todas, sin discriminación alguna según las especificidades que

los caracterizan, puedan hacer valer sus derechos y lograr la protección de su vida, integridad personal y dignidad humana.

c. Principio de Igualdad y No Discriminación: Pilar fundamental en el abordaje del fenómeno migratorio

Siempre que se vaya a analizar la situación en la que se encuentra determinada población frente al ejercicio del poder estatal, el concepto de Derechos Humanos debe ser entendido como todos aquellos que se encuentran íntimamente relacionados con la dignidad humana que le es inherente a toda persona, por su sola condición de ser humano y no por pertenecer a determinado grupo o reunir ciertas calidades. En ese sentido, estos derechos no se encuentran subordinados o condicionados a ningún elemento o interés político, sino que se caracterizan por ser absolutos, imprescriptibles, irrenunciables e inviolables.

En línea con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-6-86 del 9 de marzo de 1986, con ocasión de una consulta planteada en relación con el contenido del artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se pronunció de la siguiente forma:

“La protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.

La afirmación sostenida anteriormente, parte de la premisa de que el reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos implica necesariamente el reconocimiento del Principio de Igualdad y No Discriminación, recogido en diferentes instrumentos internacionales ratificados por nuestro país y en otros que aún no lo han sido. Sin ánimo de establecer una lista taxativa, a continuación se hace referencia a algunos de éstos con el propósito de explicar mejor los alcances de este principio.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 2.1 que *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

La Convención Americana de Derechos Humanos señala en su artículo 1º que los Estados Parte en esa Convención *“se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”*.

La Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y formas conexas de intolerancia, celebrada en Durban en setiembre del 2001, al hacer referencia a las manifestaciones contemporáneas de la discriminación en razón del origen, la nacionalidad, la etnia o la raza, contempló a las poblaciones migrantes como parte de los grupos que se encuentran especialmente expuestos a situaciones violatorias de sus derechos humanos.

La Declaración que se adoptó en este encuentro, en lo que interesa, consignó lo siguiente: *“Reconocemos que la xenofobia contra los no nacionales, en particular los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, constituyen una de las principales fuentes del racismo contemporáneo y que las violaciones de los derechos humanos cometidas contra los miembros de esos grupos se producen ampliamente en el contexto de prácticas discriminatorias xenófobas y racistas”*.

En ese sentido, el artículo 7 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el año 1990 y que aún no ha sido ratificada por nuestro país pese a encontrarse vigente a nivel internacional, señala el compromiso de los Estados Parte en esa Convención de respetar los Derechos Humanos *“a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”*.

Por otro lado, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, establece en su artículo 3 que las disposiciones contenidas en esa Convención deberán aplicarse *“a los refugiados sin discriminación por motivo de raza, religión o país de origen”*.

Así podrían enunciarse diferentes instrumentos de carácter internacional (Convenciones, Protocolos o Declaraciones) que reconocen este principio como eje transversal en la materia que regulan y los derechos y libertades que protegen. Sin lugar a dudas, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el

Principio de Igualdad y No Discriminación se ha convertido en un baluarte fundamental a partir del cual es posible la exigencia de los Derechos Humanos que le son inherentes a toda persona por su condición de tal, sin que éstos dependan de la situación económica, social, étnica o cualquier otra condición en la que se encuentren.

El profesor Rodolfo Piza Rocafort, refiriéndose al Principio de Igualdad, indica: *“desde el punto de vista jurídico, la igualdad ante la ley se nos presenta como una exigencia de generalidad y como una prohibición de discriminación. En función de ambas exigencias, la igualdad opera como un principio de interpretación y aplicación de todos los demás derechos y manifestaciones de la libertad y, a su vez, como un derecho de carácter autónomo exigible por sí mismo. El derecho a la igualdad ante la ley, con su corolario de no discriminación y respeto a la dignidad, no significa que todas las personas hayan de ser tratadas idénticamente, ni que sea ilegítima toda distinción entre unos y otros. Es claro que, como lo ha dicho la jurisprudencia de todos los tribunales constitucionales e internacionales, en aras de una auténtica igualdad, debe darse a los iguales un trato igual y a los desiguales uno desigual.”* (PIZA, 1997)

Debe quedar claro que el Principio de Igualdad y No Discriminación no pretende establecer una igualdad absoluta para todas las personas sino que, partiendo de que existen ciertas características o condiciones que diferencian a unas de otras, este principio invita al reconocimiento de esas diferencias y a brindar un trato igual a quienes se encuentren en igualdad de condiciones. Tal y como se analizará más adelante, el trato desigual que se brinde a unas personas respecto de otras, no puede ser discriminatorio sino que debe fundamentarse en parámetros claramente establecidos en el ordenamiento jurídico vigente que permiten calificar como válida esa distinción.

d. Carácter *jus cogens* del Principio de Igualdad y No Discriminación

A pesar de que los orígenes del concepto de *jus cogens* se encuentran íntimamente relacionados con el Derecho de los Tratados (artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), en la práctica éste no se ha limitado solo a esta materia sino que ha permeado otros ámbitos del Derecho Internacional general.

Con la ratificación de los instrumentos internacionales que reconocen los Derechos Humanos que le son inherentes a toda persona sin discriminación alguna, cada Estado se compromete a adoptar medidas positivas que protejan estos derechos, a abstenerse de realizar acciones que limiten un derecho fundamental sin cumplir con los requisitos esenciales para su limitación y a asumir la responsabilidad por aquellas actuaciones que se realicen en evidente violación de los Derechos Humanos consagrados en éstos.

De esta forma, el Principio de Igualdad y No Discriminación se ha convertido en una máxima del Derecho Internacional que debe estar plasmada en cualquier legislación o disposición administrativa que un Estado adopte en relación con las personas que habitan en su territorio. Considerando que este principio no admite excepciones ni está condicionado a ningún aspecto o circunstancia y que incluso está por encima de cualquier interés particular que persiga un Estado, sus alcances y contenido y las obligaciones que impone tanto a nivel internacional como nacional permiten calificarlo como norma de *jus cogens* que debe ser acatada permanentemente, resultando inaceptable cualquier motivación que pretenda justificar su incumplimiento.

En línea con lo anterior, se estima importante citar lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-18 del 17 de

setiembre del 2003, ante una consulta planteada por México en relación con la condición jurídica y los derechos de las personas migrantes indocumentadas:

“El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. (PARRAFO 100)

En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens”. (PARRAFO 101)

Está claro que la persona extranjera en condición migratoria irregular no puede exigir del Estado el derecho a permanecer en su territorio, aún y cuando pueda ajustarse a la normativa migratoria vigente, en el tanto es obvio que dicha autorización corresponde a la discrecionalidad de las autoridades responsables; no obstante, no debe olvidarse que la decisión de no permitir su permanencia, aún y cuando sea su decisión unilateral, debe fundamentarse en los Principios de Igualdad y no Discriminación, Razonabilidad, Proporcionalidad y Objetividad que resultan indispensables para la protección de los Derechos Humanos reconocidos por el país, por ejemplo, en cuanto a la protección del interés superior del niño, principio de reunificación familiar, obligación de garantizar la protección a la vida, integridad física y dignidad humana de personas que vienen huyendo de la persecución que denuncian, entre otros.

Un ejemplo práctico a partir del cual es posible entender la aplicación del Principio de Igualdad y No Discriminación en relación con la población migrante, refiere a la situación de las personas trabajadoras migrantes en condición irregular. Si bien es cierto no existe la obligación de que el Estado o patronos particulares brinden trabajo a una persona en estas condiciones, una vez que la relación laboral ha iniciado entre el empleador y el trabajador, la persona migrante tiene derecho a que le cancelen las obligaciones y derechos derivados de ésta. La condición migratoria irregular no es una justificante para que sus derechos laborales no sean respetados, en el tanto la garantía en el goce y ejercicio de éstos debe darse sin discriminación alguna.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos insiste en señalar que *“la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona*

extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo más importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa” (PARRAFO 118).

A pesar de que existe la posibilidad legal de que un Estado establezca limitaciones al ejercicio de ciertos derechos en razón de la condición migratoria de una persona, por ejemplo, si se encuentra en situación regular o irregular, no por ello puede aceptarse que las autoridades migratorias, o el Estado en general, privilegien el respeto de unos derechos frente a otros, estableciendo una escala jerárquica entre éstos. Los Estados pueden aplicar la legislación vigente, pero deben garantizar el respeto absoluto de los Derechos Humanos de su población sin discriminación alguna.

Por último, se hace necesario traer a colación la “Opinión” por unanimidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18, que de modo definitivo reitera la importancia y obligación de que los Estados tomen las medidas que resulten indispensables para garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas que se encuentran dentro de sus fronteras, independientemente de su nacionalidad o condición migratoria, en condiciones de igualdad y no discriminación. El contenido de esta “Opinión” es el siguiente:

1. Obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito se deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

2. Que el incumplimiento de esta obligación por parte del Estado, mediante cualquier acto discriminatorio, le genera responsabilidad internacional.
3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
4. Que este principio es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.
5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.
6. Que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.
7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El derecho al debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral, debido a que estos son resultado de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos. El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores.

11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

CAPÍTULO 2
EL FENÓMENO DE LA MIGRACIÓN Y REFUGIO EN COSTA RICA

a. Consideraciones Generales

Para iniciar este apartado resulta importante señalar que en el Informe sobre las Migraciones en el Mundo del 2008 publicado por la Organización Internacional para las Migraciones, se señaló que a nivel mundial hay más de 200 millones de personas migrantes (2.5 veces más que en 1965) y que la mayoría de los países son simultáneamente países de origen, de tránsito y de destino. En este informe se enuncia que la movilidad humana se ha convertido en una opción de vida, propiciada por la disparidad de oportunidades demográficas, económicas y laborales dentro y a través de todas las regiones.

Ahora bien, a pesar de que este esfuerzo se realizó hace ya varios años, en el tanto constituye la estadística oficial nacional más reciente, se estima importante señalar que según lo que establece el Censo de Población del año 2000, en ese momento, la población total de Costa Rica era de 3.810.179 personas, de las cuales 296.461 nacieron en el extranjero, es decir, un 7.8% del total de la población que habitaba en el país.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario rescatar que las condiciones geográficas, políticas, culturales, sociales y económicas propias de la región centroamericana, ubican a Costa Rica como un país frecuentemente utilizado como puente para llegar a otros e incluso como destino de flujos migratorios (país receptor). Sin embargo, en lo que a desplazamientos de personas se refiere, no debe obviarse que nuestro país también se ha empezado a caracterizar en los últimos tiempos, por ser un país expulsor de población nacional; principalmente, en ciertas zonas en las que esa emigración ha sido notoria como en el caso de Pérez Zeledón.

Por otro lado, como país receptor de población extranjera, existe un gran número de personas extranjeras que han migrado a Costa Rica en busca de mejores condiciones de vida y en procura de satisfacer sus necesidades básicas, ante la imposibilidad material y real de encontrar esa satisfacción en sus países de origen o como el caso del Huracán Mitch ocurrido en 1999 y la estrategia de solidaridad impulsada por el entonces Gobierno costarricense, que permitió la regularización migratoria de aproximadamente 150.000 personas de origen centroamericano (Decreto Ejecutivo N° 27457-G-RE del 24 de noviembre del 2008, conocido como el “Régimen de excepción de 1999”).

Es importante tener en cuenta que si bien es cierto la Ley de Migración y Extranjería N° 8487 establece que existen ciertos grupos que resultan especialmente “atractivos” para el Estado costarricense, en virtud de que representan una inversión de capital extranjero, un aporte intelectual, artístico y profesional valioso para el crecimiento y desarrollo del país, entre otros pocos casos, es innegable que el fenómeno de la migración también provoca la movilización de otros grupos que para el Estado no están definidos como “atractivos”, pero cuyo ingreso es casi incontrolable, debido a que no se tiene la capacidad institucional necesaria para controlar esos movimientos (recurso humano y material).

Así las cosas, la población que mayoritariamente ha migrado a nuestro país con el propósito de encontrar opciones laborales que les permitan ganar el sustento para sus familias; o bien, en busca de satisfacer sus necesidades en materia de salud, educación, vivienda, entre otras, es aquella que proviene de Nicaragua, en cuyo caso las características de las fronteras que nos dividen han sido testigos de este movimiento de personas, incluso por puntos no habilitados para esos efectos.

Asimismo, resulta evidente que un gran número de personas ha arribado a nuestro país por no encontrar en los suyos las herramientas legales que les permitan exigir el respeto de sus Derechos Humanos, entre éstos el derecho a la vida, a la integridad y libertad personal, tal es el caso de la población solicitante de la condición de refugiada y aquella a la que se le ha reconocido esta condición. En relación con este grupo, Costa Rica ha recibido una cantidad importante de personas de nacionalidad colombiana, principalmente.

En relación con aquellas personas que utilizan a Costa Rica como país de tránsito se hace necesario señalar que, en algunas ocasiones, éstas no logran llegar hasta el país que se proponían debido a que son detectadas por las autoridades migratorias intentando evadir el control correspondiente o viajando al margen de las disposiciones establecidas. Lo más preocupante de esta arista del fenómeno de la migración que ocurre a nivel mundial, radica en el hecho de que, en una gran mayoría, dichas personas son víctimas de las redes del crimen transnacional organizado (tráfico ilícito de migrantes y trata de personas) colocándolas en situaciones de vulnerabilidad y violación de sus Derechos Humanos; tales como explotación sexual, comercial, laboral, venta de órganos, tráfico de personas menores de edad, entre otros delitos cometidos en su perjuicio.

b. Percepción de la población costarricense respecto de la población extranjera que habita en Costa Rica.

Aunque la presencia de población extranjera en el país no es un hecho reciente sino que data desde los inicios del desarrollo de nuestras comunidades, en la actualidad, en opinión de quien realiza esta investigación, la presencia de ésta no pareciera representar para la sociedad costarricense un aporte positivo significativo sino, más bien, todo lo contrario, en el tanto se le considera

responsable, en gran medida, del aumento de la criminalidad en el país y del colapso de algunos servicios públicos.

En relación con lo anterior, resulta imposible negar la participación de algunas personas extranjeras en hechos delictivos –al igual que lo hacen algunas nacionales- que han atentado contra la vida, dignidad humana, integridad física y bienes patrimoniales de personas costarricenses. A pesar de que estos hechos han convertido a éstas últimas en víctimas de las primeras, lo cierto del caso es que esos crímenes y hechos de violencia no han sido cometidos únicamente por parte de quienes no son nacionales y tampoco representan un número significativo respecto de aquellos cometidos por costarricenses. En ese sentido, es importante mencionar que *“con respecto a los perpetradores de la violencia, las condenas penales muestran una abrumadora mayoría de delitos cometidos por hombres, situados entre los 20 y los 34 años de edad, y de nacionalidad costarricense. La participación de los extranjeros, y en particular de los nicaragüenses, en la delictividad es marginal. Por consiguiente, la información indica que la responsabilidad por los problemas de seguridad ciudadana del país recae, esencialmente, en los costarricenses”*. (PNUD, 2005).

No obstante, la percepción generalizada que posee la población costarricense en cuanto a que la “Costa Rica de hoy” es muy diferente a la de hace varios años, en la que la tranquilidad se imponía frente al temor de ser víctima de algún delito, pareciera tener una gran parte de sus raíces en el aumento de población extranjera de diferentes nacionalidades, principalmente, de aquellas cuyos países de origen, de una u otra forma, han estado vinculadas con la comisión de delitos como drogas, asesinatos, violaciones, entre otros. Lo anterior, se presenta como una manifestación de diversas actitudes xenofóbicas que nublan la razón de la población costarricense y pretenden desconocer el aporte positivo de la migración

como factor de desarrollo de los países de destino, ubicándola únicamente como factor de descompensación social.

¿De qué modo inciden los medios de comunicación en la percepción xenofóbica que la población costarricense tiene respecto de la extranjera? Definitivamente, en la construcción de los procesos de integración de la población migrante a la dinámica social costarricense, los medios de comunicación han jugado un papel en la formación de las representaciones sociales que la población genera en relación con los diferentes estratos que la componen.

Lamentablemente, en nuestro país, los medios de comunicación han desempeñado una función tendiente a la estigmatización de estos grupos en situación de vulnerabilidad –migrantes regulares e irregulares-, cuyas condiciones de vida (pobreza, salud, entre otros), en muchos casos, hacen suponer su vinculación con actividades delictivas. Puede asumirse que la identificación del responsable de un hecho delictivo resulta necesaria, más que para la investigación en sí, para demostrar que las autoridades encargadas están actuando de manera efectiva y cumpliendo con su deber, de ahí que la mención de la nacionalidad de quien comete el ilícito se ha convertido en una herramienta de información utilizada por los medios de comunicación, como si este dato hiciera más fácil el proceso penal que debe iniciarse, la captura de la persona y su sanción; como si saber la nacionalidad del infractor fuera por sí misma un factor de carácter trascendental para disminuir la criminalidad en el país.

De este modo, a los medios de comunicación no les preocupa lo positivo o negativo de la información que se divulga, sino la atención que logren captar del público al que se dirigen. De esta forma, ante la necesidad de brindar una respuesta a la percepción de inseguridad de la población que habita en el país, no desde un enfoque preventivo, se valida la actuación de las autoridades migratorias

cuya función pretende cercenar “la amenaza” que representa para la población nacional, la presencia en el país de población migrante:

“El predominio de temas vinculados con actos violentos (en especial los homicidios, “la criminalidad de los migrantes”, los robos y diversas modalidades de agresión física), constituye la forma en que estos medios jerarquizan los delitos. Como se mencionó antes, en Costa Rica las personas buscan informarse, fundamentalmente, a través de los noticiarios de televisión y los periódicos, asumiendo “la realidad mediática” como “la realidad de su entorno”, es decir, sin considerar que los medios proponen una versión de la realidad y no la realidad en sí. Esto, sumado al hecho de que las audiencias dependen del discurso de los medios, los cuales atribuyen a las noticias de sucesos un lugar importante en su programación, hace que la difusión de temas vinculados con la inseguridad ciudadana afecte el imaginario colectivo y contribuya a modificar la percepción de lo que acontece en el país y fuera de él” (PNUD, 2005).

A modo de ejemplo de lo explicado en este párrafo, resulta importante traer a colación, en lo que interesa, las conclusiones del Investigador Carlos Sandoval García, en su estudio denominado “Otros Amenazantes. Los nicaragüenses y la formación de identidades nacionales en Costa Rica”:

“Los medios han representado a los nicaragüenses como una “amenaza” a través de algunos temas claves: “inmigración”, enfermedades, conflictos fronterizos y criminalidad. Una característica común del discurso de los medios es el uso de metáforas; así, el sentido de amenaza es algunas veces construido como un temor a ser contaminado por “inmigrantes” indeseables, especialmente en noticias relacionadas con el cólera. Un segundo grupo de metáforas corresponde a imágenes referidas a fluidos, las cuales representan a los “inmigrantes” como una “ola” que transgrede los límites de la nación. Este sentido de temor y amenaza

asociado con los nicaragüenses no es una construcción abstracta tampoco. Los nicaragüenses son “excluidos” en tanto son pobres y de piel oscura. En otras palabras, el “otro” nicaragüense ha sido un significante crucial para la articulación de diversas imágenes de diferencia y desigualdad” (SANDOVAL, 2006).

De esta forma, es común observar en los diferentes periódicos de circulación nacional, la vinculación de las noticias relacionadas con personas migrantes a conceptos como “ilegales, indocumentados”, que generan en la sociedad la percepción de que la población extranjera que reside en nuestro país actúa y se mantiene al margen o en contradicción con el ordenamiento jurídico nacional, de ahí que sean responsables de los problemas de criminalidad que actualmente se enfrentan. Por citar algunos ejemplos, podría mencionarse el titular de una noticia publicada en La Nación el día 1º de diciembre del 2006 y que señala *“caen dos microbuses cargados de ilegales”*; así como otra publicada el día 17 de marzo del 2007, cuyo titular fue *“50 ilegales presos en Guararí de Heredia”*.

Otro aspecto que influye en el sentimiento de alarma de la población nacional en relación con la presencia de población migrante en el país, ya sea en condición migratoria regular o irregular, se encuentra íntimamente relacionado con los supuestos efectos negativos que ésta ejerce en la dinámica social costarricense. Algunos medios de comunicación han planteado en los últimos años que la presencia de población extranjera está ocasionando el desplazamiento de mano de obra nacional y, por lo tanto, su desocupación por otra más “barata”; saturación de los servicios de salud, principalmente, de los servicios de emergencia; existencia de un gran número de niños, niñas y adolescentes en los centros educativos que podrían dejar sin espacio a aquellos de nacionalidad costarricense, entre otros aspectos.

Sin embargo, debe insistirse en que esta información se ha apoyado en imágenes recolectadas por los medios de comunicación en ciertos escenarios: salas de emergencia, escuelas, construcciones, entre otros; sin que se le informe a la población si existe un verdadero impacto negativo en estos servicios públicos, sustentado en estadísticas oficiales que hagan referencia a esta situación (demanda de servicios versus aporte que realiza esta población).

En relación con lo anterior, podría citarse la investigación denominada “Migración y Salud en Costa Rica: Elementos para su análisis”, en la que varias instancias relacionadas con la atención en servicios de salud a población extranjera, realizaron un análisis de las condiciones de vida, laborales y de salud de esta población y los servicios de salud que utilizan. En dicha investigación se consignó lo siguiente: *“hasta el momento, pese a que en buena teoría el servicio es proporcionado a todo aquel que lo solicita, persisten lecturas institucionales que tienden a sobredimensionar la demanda de los inmigrantes (particularmente nicaragüenses) y trasladarles a estos la saturación de los servicios. En definitiva, persiste una política de atención limitada para atender a grupos que como los migrantes presentan condiciones particulares en su inserción en la sociedad costarricense. (...) Un 60.2% de la población nacida en Nicaragua está asegurada, según el Censo del 2000 (...). De acuerdo a estadísticas recopiladas, los nicaragüenses representan en la consulta de los diferentes niveles de atención en la CCSS un porcentaje menor que su representación en la población nacional, lo cual indicaría una tendencia a usar menos los servicios de salud”*. (Ministerio de Salud, 2003)

En línea con lo anterior, llama poderosamente la atención una noticia publicada por el periódico La Nación, el día 10 de octubre del 2008, cuyo titular fue *“Cotizan 80.000 millones de colones al año. Inmigrantes dejan de ser una carga para la C.C.S.S”*. Como parte de esta noticia se indicó lo siguiente: *“Los 120.000*

inmigrantes que cotizan para la Caja, generan suficientes ingresos anuales para cubrir los costos de su propia atención en el sistema de salud. Tan solo en el 2007, la C.C.S.S percibió casi 80.000 millones de las cuotas obrero-patronales de estos trabajadores. Sin embargo, el costo de atención de estos inmigrantes apenas fue de un tercio de esa contribución, el año pasado. (...) Según cálculos de este diario con base en información histórica de la Caja, los inmigrantes que cotiza no solo lo están haciendo para cubrir sus propias necesidades en salud. Sus cuotas también logran cubrir el costo de la demanda de los indocumentados que, de acuerdo con datos de la C.C.S.S del 2004, rondaba los 16.000 millones (...).”

No obstante, esta labor de investigación que permite entender e informar a la población nacional de que no existe un verdadero impacto negativo de la población extranjera en los servicios públicos que esté provocando su colapso y desprotección de la población costarricense, no son una constante. Tal y como se indicó, la mayoría de las noticias que se publican en medios de prensa escrita y aquella que se divulga en noticiarios televisivos, buscan siempre resaltar la nacionalidad del delincuente o la vinculación de la población extranjera con conceptos que, incluso, violentan su derecho a la dignidad humana, por llamarlos “ilegales”.

De este modo, la falta de políticas públicas sociales e integrales que brinden atención a este fenómeno, provocan no solo el dictado de medidas insuficientes, desproporcionadas y discriminatorias que pretenden brindar dicha atención, sino también la percepción de que existe un “colapso” en la dinámica social del cual son responsables las personas migrantes.

En línea con lo anterior, es criterio de quien realiza esta investigación, que no ha sido del interés de la sociedad costarricense en general, cuestionar las medidas

de control migratorio existentes (entre éstas, la detención administrativa) y la forma en la que se realizan, toda vez que su aplicación pareciera estar justificada ante la necesidad de atender y contener los flujos migratorios provenientes de determinadas nacionalidades.

A pesar de que, hasta la fecha, su función no ha sido un factor que posibilite la integración de la población migrante a la dinámica social costarricense sino, más bien, todo lo contrario, el Estado costarricense y los diferentes medios de comunicación que existen en el país (escritos y orales), deben realizar un esfuerzo importante para lograr que el papel de éstos últimos en la formación de opinión pública no se limite, únicamente, a la divulgación de la información y la calificación subjetiva del periodista o del canal que representa sobre determinado hecho, sino que ésta pueda ser utilizada como mecanismo para lograr la sensibilización y aceptación de la situación de esta población, sus Derechos Humanos y el valioso aporte que brindan a nuestra sociedad.

c. Criminalización de la migración: Una respuesta inadecuada a algunas de las causas de la inseguridad ciudadana.

Considerando que el Estado costarricense no ha logrado ejercer un control absoluto sobre las personas que pretenden ingresar a sus fronteras, es indudable que existe un alto porcentaje que lo hace sin cumplir con los requisitos establecidos para tales efectos; no solo porque les resulta casi imposible ajustarse a esa normativa, sino también porque en sus países de origen, el hecho de obtener los documentos necesarios para viajar implica, en algunos casos, un costo económico muy elevado, cuyo dinero prefieren guardar para lograr instalarse en la sociedad de destino.

Así, las políticas o medidas que se aplican en contra de quienes no resultan ser del “interés del Estado” por la condición migratoria en la que se encuentran, el país de procedencia o el estrato social al que pertenecen, entre otros factores, indudablemente pretenden reducir al máximo la posibilidad de que éstos se inserten o integren a la sociedad a la que llegan en completa armonía con sus nacionales.

En los últimos tiempos, la condición migratoria irregular de una persona extranjera se ha convertido en sí misma en un impedimento para la exigencia de sus derechos fundamentales, es decir, es considerada un “castigo o prohibición” que elimina cualquier opción de ser alguien en el país al cual arribó en busca de una mejor vida y justifica la aplicación de medidas administrativas que violentan su derecho a la libertad e integridad personal, como lo es la detención administrativa en los términos en los que actualmente se realiza. De este modo, la criminalización de actuaciones o de grupos no solo se produce por la tipificación de conductas por parte del Derecho Penal, sino que también viene dada por la calificación que ciertos sectores o actores –incluida la sociedad- hacen respecto de otros a quienes consideran “menos persona, extraños o diferentes”, y responsables de una serie de situaciones que, a su criterio, producen inestabilidad social.

Sobre este punto en particular, resultan aplicables las consideraciones del Profesor Zaffaroni al señalar que, como mecanismo para el ejercicio de sus funciones, las agencias de criminalización secundaria (para el caso concreto, las agencias policiales) echan mano de procesos de “selección” que inclinan la acción punitiva hacia ciertos grupos de personas que por su condición de vulnerabilidad se encuentran en una posición *“en la que es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio”*. Este tipo de prejuicios terminan configurando la imagen del delincuente asociada a ciertos

estereotipos sociales con componentes racistas, etarios, de género, nacionalidad, entre otros y justificando ese poder de control muchas veces al margen de mecanismos de revisión judicial que avalen esa actuación. (ZAFFARONI, 2000).

Al respecto, se estima importante traer a colación la siguiente cita textual del profesor Zaffaroni:

“Los grupos de migrantes latinoamericanos, en especial los inmigrantes ilegales, a cuya condición suelen sumar la de precaristas (ocupantes precarios de predios ajenos), cuya situación de ilegalidad les priva de acceso a la justicia, suelen ser particularmente vulnerables a la criminalización pero también a la victimización, en especial por la incapacidad de denunciar los delitos cometidos contra ellos y la necesidad de trabajar en forma de servidumbre”. (ZAFFARONI, 2000).

Desde ese punto de vista, la falta de capacidad del Estado costarricense de atender integralmente el fenómeno de la migración en nuestro país, provocó que en los últimos años este abordaje se realizara únicamente desde una perspectiva de seguridad y control migratorio, tal y como lo refleja el artículo 2 de la Ley de Migración y Extranjería N° 8487 que señala que todo lo relacionado con la materia migratoria debe ser entendido como parte de la seguridad pública, justificándose el establecimiento de un margen de discrecionalidad amplio a las autoridades en el ejercicio del control migratorio y particularmente en las medidas administrativas y sanciones que imponen. Debe tenerse presente que la Ley de Migración y Extranjería N° 7033 que estuvo vigente desde el año 1983 hasta el año 2006, ni siquiera hizo referencia a los parámetros, objetivos y fines que debía perseguir una política migratoria, razón por la cual el abordaje que se le daba a este fenómeno también fue concebido desde la óptica del control y de la tramitación de solicitudes de categorías migratorias que no contemplaban la realidad y características de las poblaciones que migraban.

Además, no debe olvidarse que a partir de los atentados ocurridos el 11 de setiembre del 2001, los Estados encontraron una justificación para relacionar el fenómeno de la migración con el terrorismo y la necesidad de seguridad de un país, de ahí que el reforzamiento de la labor de control migratorio y las medidas necesarias para lograr la ejecución de las sanciones correspondientes, fue vista como la única solución para garantizar la protección de sus intereses.

En línea con lo anterior, se estima importante transcribir, en lo que interesa, las siguientes consideraciones del Profesor Zaffaroni:

“La criminalización secundaria es casi un pretexto para que las agencias policiales ejerzan un formidable control configurador positivo de la vida social, que en ningún momento pasa por las agencias judiciales o jurídicas: la detención de sospechosos, de cualquier persona para identificarla (...), la detención por supuestas contravenciones, el registro de las personas identificadas y detenidas (...) el control (...) migratorio (...) constituyen un conjunto de atribuciones que pueden ejercerse de modo tan arbitrario como desregulado, y que proporcionan un poder muchísimo mayor y enormemente más significativo que el de la reducida criminalización secundaria (...)” (ZAFFARONI, 2000).

En ese sentido, a pesar de que la Ley de Migración y Extranjería N° 8487 estableció que la migración debía ser concebida como un asunto de interés público y de que el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, en el Sector de Seguridad Ciudadana y Prevención de la Violencia, señaló como una de sus metas: *“Desarrollar un modelo de administración de flujos migratorios que permita el ejercicio de un control migratorio respetuoso de los derechos humanos, y tendiente a la integración de la población migrante a la seguridad social y a los servicios que ofrece el Estado Costarricense”*; en la práctica, la aplicación de

algunas de las regulaciones contempladas en esa normativa, mantienen el enfoque policial con el que se ha venido tratando esta temática, evidenciando que este fenómeno social, a la fecha, no se ha atendido verdaderamente desde un enfoque de integración, sino más bien desde uno de control.

Como una muestra más de lo anterior, es importante mencionar que uno de los aspectos que estaba contemplado para revertir la situación de inseguridad ciudadana dentro del Proyecto de Fortalecimiento Integral de la Seguridad Ciudadana (Proyecto de Ley N° 16973), señalaba la necesidad de desarrollar un modelo de flujos migratorios en los mismos términos que lo contempla el Plan Nacional de Desarrollo. En la exposición de motivos de este proyecto se indicaba que en este modelo de fortalecimiento *“se atienden temas relativos a la política migratoria del país que han venido generando circunstancias precisas al ingreso y permanencia de extranjeros en el país con intenciones o expedientes criminales”*.

A pesar de que en la legislación aprobada (Ley N° 8720) no se incluyeron las disposiciones relacionadas con la Ley de Migración, resulta importante comentar que las reformas que se proponían no planteaban diferencias considerables en relación con las potestades que actualmente poseen las autoridades migratorias en el ejercicio del control migratorio o de aquellas que están incluidas en la recién aprobada Ley de Migración y Extranjería (Ley 8764), que entrará a regir en el mes de marzo del 2010. Pareciera que el único propósito de incluir el tema migratorio en el Proyecto de Fortalecimiento Integral de la Seguridad Ciudadana, fue el de responsabilizar a un fenómeno social -la migración-, de la incapacidad estatal de actuar frente a los verdaderos factores de la criminalidad y la insuficiencia de recursos que lo afecta. En el siguiente apartado se incluye una cita bibliográfica extraída del Informe “Venciendo el temor” (2005) que fundamenta la idea expuesta en cuanto a que la población extranjera no es la única responsable del aumento de la criminalidad en el país.

A criterio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la Seguridad Ciudadana debe ser entendida como aquella *“situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos humanos y en la que existen mecanismos institucionales eficientes para prevenir y controlar las amenazas o coerciones ilegítimas que puedan lesionar tales derechos. El derecho a la seguridad ciudadana de un Estado Democrático y de Derecho, consiste en el conjunto de garantías que debe brindar el Estado a sus habitantes para el libre ejercicio de todos sus derechos”*. (IIDH, 2007).

Desde esa perspectiva, los mecanismos para la protección de la seguridad ciudadana han sido considerados como válidos para resolver cuestiones relacionadas con la migración, entre éstos, la privación de libertad o detención administrativa por razones de control migratorio; en el tanto, para un sector amplio de la sociedad, la migración es concebida como una amenaza para la paz, tranquilidad y armonía de la sociedad costarricense, que amerita la intervención policial para contrarrestar sus efectos. Sin embargo, son medidas que pretenden aplacar un supuesto mal sin tomar en consideración los Derechos Humanos de esta población y la obligación que posee el Estado de generar mecanismos que faciliten su integración a la sociedad costarricense.

Precisamente, en relación con lo anterior, la Contraloría General de la República señaló que *“el delito y el sentimiento de miedo ante el crimen suelen engendrar reacciones afectivas y dar lugar a importantes cambios de conductas destinados a protegerse contra las actividades criminales, las cuales afectan la calidad de vida de la población por sus consecuencias tanto en el plano psicológico (sentimiento de soledad, abandono y angustia) como en el plano social (menor disposición a atender solicitudes de extraños y mayor desconfianza frente al prójimo) además, de contribuir al establecimiento de ciertos estereotipos acerca de la criminalidad y*

del delincuente, según los cuales este último proviene de clases sociales de categoría inferior o de ciertos países, provocando fenómenos de estigmatización, rechazo de las clases marginadas o del extranjero, desprecio del pobre, con el probable resultado final de una disminución del sentimiento de solidaridad social". (CGR 2007).

Está claro que el Estado debe generar los mecanismos necesarios para garantizar la seguridad ciudadana de sus habitantes; sin embargo, éstos no resultan válidos si no incluyen también la protección y garantía de los Derechos Humanos de la población migrante, independientemente de su condición migratoria y del procedimiento iniciado en su contra. En línea con lo anterior, resulta importante hacer referencia a las consideraciones plasmadas por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en su Informe "Seguridad Ciudadana en América Latina", en el cual refiere a la importancia de que las políticas que el Estado emita para garantizar la seguridad ciudadana de sus habitantes tiendan a la inclusión social de éstos y al respeto del principio de igualdad y no discriminación:

"Los fenómenos de la criminalidad y violencia se asocian tanto al aumento de la desigualdad, a la exclusión social y a la progresiva limitación de oportunidades como a la insuficiencia institucional para enfrentarlos. Por ello, una política adecuada de seguridad ciudadana tiene que ser concebida, en primer lugar, como parte del conjunto de los esfuerzos de los Estados por avanzar en la inclusión social y la igualdad de oportunidades y como parte del esfuerzo de fortalecer nuestras aún débiles democracias y garantizar los derechos humanos y libertades públicas; conquistas fundamentales de las últimas décadas que no pueden ser arriesgadas" (IIDH, 2007).

Dentro de ese orden de ideas, debe quedar claro que una respuesta adecuada del Estado costarricense a los problemas de inseguridad ciudadana que enfrenta el

país, requiere un abordaje integral de las diferentes aristas involucradas en este fenómeno, que va más allá de la identificación del “enemigo o culpable” y las medidas represivas que permitan su control y castigo. Este abordaje debe contemplar, entre otros aspectos, las causas sociales y económicas que están provocando desigualdad en nuestra sociedad, la ausencia de oportunidades, así como otros factores como la criminalidad organizada y la falta de recursos destinados a su atención correspondiente. No debe brindarse una respuesta simple a un fenómeno que ya ha demostrado ser complejo -la inseguridad ciudadana- y que amerita una respuesta inmediata e integral por parte de las autoridades responsables.

d. Desarrollo del Principio de Igualdad y No Discriminación por parte de la Sala Constitucional, en relación con la población migrante y refugiada en nuestro país.

Ahora bien, en cumplimiento de la obligación de carácter internacional de garantizar la Igualdad y No Discriminación, la Constitución Política de nuestro país, consagra en su artículo 33 el Principio de Igualdad ante la ley, señalando que a nadie podrá aplicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

Por su parte, el artículo 19 señala textualmente que *“los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República (...)”*.

Innumerables han sido las resoluciones en las que la Sala Constitucional ha desarrollado este Principio de Igualdad y No Discriminación haciendo referencia a los Derechos Humanos de diferentes sectores de la población, como por ejemplo,

personas con discapacidad, adultas mayores, mujeres, personas menores de edad e inclusive migrantes, entre otros grupos, siendo importante transcribir algunas de ellas con el propósito de comprender mejor sus alcances y la obligación del Estado en la protección de estos Derechos sin discriminación de ninguna naturaleza.

Así, por medio del voto N° 1993-00316 del 22 de enero del 2003, la Sala Constitucional señaló que:

“El principio de igualdad, contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas como tratamiento diverso”.

Propiamente en relación con el Principio de Igualdad y los Derechos Humanos de las personas extranjeras en relación con las nacionales, en la Resolución N° 1415-99 del 26 de febrero de 1999, la Sala Constitucional estableció lo que a continuación sigue:

“En general, este Tribunal Constitucional ha considerado que, en tratándose de derechos fundamentales o derechos humanos, los costarricenses y los extranjeros están en igualdad de condiciones, ya que esos derechos no derivan de la condición de nacional o extranjero, sino de la propia dignidad humana. De manera que, en esa materia, cualquier distinción que se hiciese entre costarricenses y extranjeros sería contraria a los artículos 19 y 33 constitucionales.

Así, corresponden a esa esfera de derechos derivados de la dignidad humana el de ser reconocido como sujeto de derecho, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la salud, al disfrute de un ambiente sano y libre de contaminación, a la intimidad y, en general, todos aquellos derechos que por su naturaleza no requieren de condiciones especiales de nacionalidad o de ciudadanía de su titular para su ejercicio, por ser consustanciales a la esencia misma del ser humano (ver en este sentido la sentencia N° 1684-91). Por el contrario, existen otros derechos que dependen de la condición de nacional para ejercerlo, como lo es el sufragio. La Constitución Política, en el artículo 19, contempla la posibilidad de que la propia Constitución o la ley ordinaria establezcan excepciones y limitaciones al principio general de que los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses. Pero, por supuesto, para que la distinción que, en relación con un determinado derecho, se haga entre extranjeros y nacionales no violente el contenido del artículo 19, en relación con el 33, ambos de la Constitución Política, es necesario que aquélla sea razonable y que, como ya se dijo, no se trate de derechos fundamentales, en los cuales cualquier distinción resultaría odiosa e implicaría una discriminación contraria al Derecho Constitucional.

El principio de igualdad obliga a tratar iguales a los iguales y desiguales a los desiguales, lo que resulta completamente razonable. Ahora bien, el legislador puede distinguir entre nacionales y extranjeros y, con base en ello, dar un trato

diverso a unos y otros, siempre y cuando el fundamento de tal distinción resulte razonable. De allí que sea admisible un trato desigual entre extranjeros y costarricenses, en la medida en que no se lesione un derecho fundamental”.

Si bien nuestra Carta Magna acepta la posibilidad de establecer limitaciones a los derechos de las personas extranjeras en el país, resulta innegable que esa potestad del Estado tiene como límites los **DERECHOS HUMANOS** de esta población.

De conformidad con el Principio de Igualdad, el respeto de los derechos fundamentales de las personas migrantes y refugiadas no admite discriminación alguna fundada en su nacionalidad o condición migratoria, de ahí que, a pesar de que resulten válidas las limitaciones a algunos de estos derechos, éstas no se pueden llevar a cabo de una forma irrestricta –no responden a un poder absoluto del Estado que las aplica- en virtud de que deben cumplir con las garantías de protección de esos Derechos Humanos.

En ese sentido, este Principio de Igualdad trae consigo la obligación de que estas limitaciones se impongan siguiendo parámetros de objetividad, proporcionalidad y razonabilidad, con el propósito de no incurrir en discriminaciones odiosas en perjuicio de una determinada población. Resulta importante señalar que la violación a este principio no solo puede ocurrir por acción, sino también por omisión, cuando el Estado deja desprotegido a un sector de la población y le impide el ejercicio y defensa de estos derechos.

Respecto a los parámetros o criterios señalados en el párrafo anterior, la Sala Constitucional estableció en su voto N° 08858-1998 del 15 de diciembre de 1998, los supuestos requeridos para calificar determinada actuación como objetiva, proporcional y razonable:

“El principio de razonabilidad, surge del llamado "debido proceso substantivo", es decir, que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca. Cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad.

Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo 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 adoptada 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”.

Cualquier actuación que se realice fuera de estos parámetros podría ser calificada como violatoria de los derechos humanos de las personas afectadas, por ser incompatible con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que se encuentran vigentes.

e. Necesidad-obligación de atender el fenómeno de la migración mediante un abordaje integral

Las personas extranjeras que por diferentes razones se han visto “obligadas” a abandonar sus países de origen, inician su recorrido y lo terminan, es decir, migran, muchas veces en condiciones de vulnerabilidad y expuestas a situaciones de explotación por parte de diferentes actores que pretenden sacar provecho de la situación y necesidad de estas personas, sea por su desconocimiento acerca de sus derechos y regulaciones migratorias o por la urgencia que los motivó a salir de sus países.

La respuesta que el Estado brinde a este fenómeno social no puede menoscabar aún más los derechos humanos que ya les fueron violentados tanto en sus países de origen por la falta de respuesta a sus necesidades, como por parte de personas inescrupulosas que los interceptaron en su camino o les prometieron un sin fin de oportunidades para cruzar las fronteras e instalarse en el país de destino sin inconvenientes.

En el tanto Estado de Derecho, el Estado costarricense debe buscar una respuesta jurídica y social al fenómeno de la migración, que garantice la plena vigencia de los Derechos Humanos de toda su población y el conjunto de libertades fundamentales que le son inherentes a todo ser humano independientemente de su nacionalidad. Estos derechos no son una concesión del Estado y tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la que pertenezca, por lo tanto, no admiten discriminaciones de ninguna naturaleza.

Como parte de esta respuesta, se hace necesaria la existencia de un ordenamiento jurídico que armonice su potestad de definir las regulaciones relacionadas con el ingreso y egreso de personas extranjeras al país, con los estándares y principios internacionales relacionados con el respeto a la dignidad humana, integridad personal y libertad individual, como derechos fundamentales de quienes habitan en su territorio. Para esos efectos, no basta con que esa legislación únicamente regule estos flujos de personas, sino que debe generar los mecanismos necesarios para que en su aplicación, se elimine toda posibilidad de que las autoridades responsables ejerzan un poder ilimitado de control sobre éstas en violación de sus derechos fundamentales.

Asimismo, resulta necesario que el Estado defina una política migratoria que permita atender integralmente las necesidades de la población migrante y refugiada en armonía con las de la población nacional. En ese sentido, a nivel internacional, se reconoce a los Estados la potestad de regular los flujos migratorios, estableciendo las pautas para el ingreso, egreso y permanencia de personas extranjeras, según las categorías migratorias establecidas para esos efectos; igualmente, los supuestos según los cuales es posible cancelar estas autorizaciones y las sanciones que impondrá en caso de incumplimiento de la normativa vigente.

Así, algunas políticas pretenden atraer ciertos sectores de población (promoción), otras, tratándose de flujos masivos, pretenden seleccionar a personas que reúnan ciertas características de importancia para el Estado (selectivas), otras buscan retener a quienes consideran necesarios para lograr un desarrollo del país (retención) y otras se encaminan a lograr la incorporación efectiva de las personas migrantes y refugiadas a la dinámica social del país. Igualmente, están aquellas destinadas a lograr la recuperación de los nacionales que se marcharon a otro país (MARMORA, 2002).

En la Opinión Consultiva OC-18, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la política migratoria está constituida por todo acto o medida (incluidas leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos y demás manifestaciones del accionar de la Administración Pública), que esté relacionada con la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio (PARRAFO 163).

Igualmente, haciendo referencia a la situación de los trabajadores migrantes, la Corte estipuló que *“es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores (...). Deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas”* (PARRAFO 169).

En relación con esta potestad que posee el Estado costarricense para definir la política migratoria del país, la Sala Constitucional ha señalado que *“como una manifestación de la soberanía, tanto en el derecho nacional como en el internacional, se le reconoce al Estado la potestad de establecer la política migratoria del país, esto es, la determinación de las reglas relativas a regular el ingreso y permanencia en el territorio nacional de los extranjeros, sea temporal o permanente; potestad que debe ejercer con absoluto respeto a los principios y normas constitucionales, para garantizar al extranjero un trato objetivo, fundado en la dignidad del ser humano y en el respeto de los derechos fundamentales”*. (Resolución N° 1312-99 del 23 de febrero de 1999).

Teniendo en cuenta lo anterior es posible concluir que un adecuado abordaje del fenómeno de la migración por parte del Estado costarricense no puede darse sin un análisis y tratamiento integral, que incluya, por un lado, el dictado de políticas públicas (métodos, medidas administrativas, planes-programas) que involucren a todos los sectores relacionados con la atención de esta población, más allá del mero control de quienes ingresan o de a quienes se desea atraer al país por la inversión de capital que puedan representar y, por otro, una legislación que permita garantizar los Derechos Humanos de la población extranjera en el país, independientemente de la condición migratoria en la que se encuentra y el cumplimiento de los objetivos que el Estado se plantee como parte de esa política.

Por otro lado, resultan igualmente necesarias aquellas acciones que se deben formular e implementar a nivel regional e internacional, con la participación de los Estados que están involucrados en el fenómeno de la migración, en el tanto éste tampoco puede ser concebido como la responsabilidad de un solo Estado, en la mayoría de los casos del que recibe la población (receptor), debido a que el principal obligado es aquel que no generó a sus nacionales las oportunidades de vida necesarias para su desarrollo, sino que, por el contrario, los “obligó” a salir de sus fronteras en busca de éstas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hará referencia a las regulaciones contenidas en la Ley de Migración y Extranjería N° 8487 que establecen las pautas para la formulación de la política migratoria del país y los objetivos que ésta debe cumplir. Al respecto, debe mencionarse que la legislación anterior (Ley N° 7033) no contenía ninguna disposición que orientara esa política, por lo que es la primera vez que estos enunciados se establecen en una norma legal.

El artículo 5 de la Ley de Migración y Extranjería N° 8487 establece que al Poder Ejecutivo le corresponde la determinación de la política migratoria y la regulación

de los flujos migratorios que favorezcan el desarrollo social, económico y cultural del país, en concordancia con la seguridad pública y velando por la integración social y la seguridad jurídica de las personas extranjeras que residan legalmente en el territorio nacional.

El artículo 6, por su parte, señala cuáles son los fines que se pretenden alcanzar con la aplicación de la política migratoria que el Estado costarricense emita. Según lo determina este artículo, los objetivos de esta política son los siguientes:

- a. Seleccionar los flujos migratorios, con el objeto de incrementar la inversión de capital extranjero y fortalecer el conocimiento científico, tecnológico, cultural y profesional, en las áreas que se definan como prioritarias.
- b. Facilitar el retorno de las personas nacionales residentes en el exterior que deseen regresar al país y, en particular, promover el retorno de quienes posean altas calificaciones profesionales o técnicas, cuando su reinserción en el país los posibilite, según los requerimientos del mercado de trabajo y lo aconsejen las razones científicas, tecnológicas, económicas, educacionales o sociales.
- c. Controlar el ingreso de personas extranjeras al país, su permanencia en él, así como su egreso, en concordancia con la seguridad pública, y con los mejores intereses del país.
- d. Orientar la inmigración a las zonas cuyo desarrollo se considere prioritario, hacia actividades y ramas económicas que para el Estado resulte de interés favorecer.

Asimismo, en ese cuerpo normativo específicamente en el artículo 7, se establece que la política migratoria deberá contemplar el no desplazamiento de la mano de obra nacional por la incorporación de trabajadores migrantes; el respeto a los derechos humanos y las garantías constitucionales de toda persona extranjera

que solicite permanencia legal en el país; la integración de las personas extranjeras que permanezcan legalmente a los procesos económicos, científicos, sociales, laborales, educativos, culturales y deportivos; y la protección de las costumbres y de la convivencia pacífica de los habitantes del país, así como el respeto a los derechos de las personas menores y de las mujeres.

Asimismo, en el artículo 8 siguiente, se señala que al planificar la inmigración, la política migratoria tiene que tomar en cuenta los planes de desarrollo nacional, regional o sectorial relacionados con los recursos humanos calificados disponibles; los planes de inversión pública o privada; los informes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sobre la inopia que el país registra en cuanto a personas profesionales, científicas y técnicas en las áreas de educación, investigación, desarrollo industrial, agropecuario, turístico, así como sobre el desarrollo que Costa Rica requiere de actividades y mano de obra calificada como inexistente o de mano de obra no calificada como insuficiente; las restricciones que por seguridad pública establezca el Poder Ejecutivo; los informes del Ministerio de Educación Pública en relación con la capacidad locativa de las instituciones oficiales de enseñanza, así como la disposición de recursos para atender los programas de comedores escolares y becas estudiantiles; entre otros planes e informes de algunas instituciones y sectores públicos.

Estas políticas, así como las acciones para ejecutarlas, deben ser recomendadas por el Consejo Nacional de Migración en su condición de órgano asesor del Ministerio de Gobernación y Policía. Dicho Consejo está integrado por la persona titular o su representante de los Ministerios de Gobernación y Policía, Seguridad Pública, Justicia y Gracia, Relaciones Exteriores y Culto y Trabajo y Seguridad Social; el Presidente Ejecutivo del ICT o su representante; y el Director o Subdirector General de Migración y Extranjería.

De conformidad con lo anterior y en apego al Principio de Legalidad que rige la actuación de la Administración Pública, la emisión de estas políticas no solo es una potestad del Estado sino que también es una obligación-responsabilidad que le compete como ente encargado de dictar las pautas que determinen hacia donde avanzará el país en sus diferentes ámbitos, tomando en cuenta las causas y efectos del fenómeno migratorio, su complejidad, variables y especificidades de la población que migra.

Es decir, para atender este fenómeno social no bastan las medidas administrativas que se vayan dictando con el propósito de atender determinadas situaciones (imposición de visas, requisitos para el ingreso y regularización migratoria, entre otras), debido a que si éstas no responden a una política integral, pueden convertirse en herramientas discriminatorias y violatorias de los derechos humanos de esta población, cuya aplicación únicamente colocará en “la mira” a quienes no resulten ser “atractivos” para los propósitos que el Estado pretende alcanzar.

Con respecto, a las iniciativas impulsadas por el Estado costarricense en la formulación de una política migratoria, pese a que a la fecha no se ha emitido formalmente esta política, los documentos que a continuación se detallan representan un intento por cumplir con este mandato legal:

- “Informe de Actividades 1994, 1995, 1996”, elaborado por el Dpto. Planificación de la Dirección General de Migración y Extranjería. En este documento, como parte de un proceso de rendición de cuentas de dicha instancia, se incluyó una sección denominada “Análisis de la Política Migratoria en Costa Rica. Un abordaje teórico-metodológico”; según se indicó en el documento en cuestión, la política migratoria imperante en ese momento era “selectiva”, razón por la cual *“el objetivo de elaborarlo fue*

determinar los elementos sobre los cuales se debe formular la política migratoria en Costa Rica, considerando sus particularidades, visión de desarrollo y necesidades en materia migratoria, tomando como punto de partida que el fenómeno migratorio es dinámico y puede traer repercusiones positivas o negativas para un país receptor como lo es el nuestro, estas repercusiones pueden recaer en lo económico, lo social, lo demográfico, lo ecológico y lo cultural”.

- *“Una Política Migratoria Integral para Costa Rica”, elaborada en el año 1996 por las autoridades que integraban el Consejo Nacional de Migración, mediante la cual se propuso una política migratoria selectiva “que permita y estimule el ingreso de aquellos extranjeros que, independientemente de su nacionalidad, garanticen un aporte a nuestro desarrollo y que a la vez limite o impida el ingreso de aquellos otros que de una u otra manera contradigan u obstaculicen dicho desarrollo”.*

- *“Lineamientos Generales para la formulación de una política migratoria. Bases para la acción”, elaborado en el mes de mayo del 2000 por una Comisión Interinstitucional de Alto Nivel sobre Migraciones Internacionales creada por el entonces Gobierno de la República, mediante Decreto Ejecutivo N° 28350-MP-G, publicado en la Gaceta N° 20 del 28 de enero del 2000. En este documento se señaló que “los lineamientos que a continuación se presentan deben contribuir a la ejecución de una política migratoria integral que, preservando la soberanía y seguridad del país, sus objetivos generales respondan, en pleno apego a la ley y al respeto de los derechos humanos fundamentales de los migrantes a: a) alentar los flujos migratorios que favorezcan el desarrollo económico, social y cultural del país; b) prevenir y desalentar los flujos migratorios irregulares; c) ordenar los movimientos migratorios laborales; d) velar por la integración social y*

seguridad jurídica de los extranjeros de acuerdo con principios constitucionales; e) ejercer las atribuciones de control y vigilancia migratoria en el territorio con apego a la ley y el respeto de los derechos humanos”.

A pesar de que en todos estos documentos se advierte que la política migratoria en Costa Rica para cada una de las épocas en que fueron elaborados era de carácter selectiva considerando la situación de país receptor y la necesidad de atraer a ciertos sectores de población o nacionalidades que pudieran representar una inversión de capital para el país; a partir de su lectura se puede concluir que éstas no tomaron en cuenta todas las aristas que resultan necesarias para hacer un análisis de esta naturaleza, como por ejemplo, los diferentes sectores sociales, los actores responsables (a nivel estatal y de la sociedad en general), Derechos Humanos de la población extranjera y nacional (sin que sea válida la exclusión de unos para garantizar los derechos de los otros), acceso a servicios públicos teniendo en cuenta la especificidad de esta población, acciones enmarcadas en un plan de trabajo, acciones de integración, legislación, entre otros, indispensables para lograr un abordaje integral del fenómeno social de la migración; sino que, por el contrario, se concentraron en hacer referencia a ciertos sectores sociales que, a su criterio, ameritaban una intervención inmediata por la presencia de población extranjera.

En todo caso, estos no pasaron de ser iniciativas impulsadas por varias instancias, ya que ninguno de ellos llegó a concretarse en la promulgación de una política migratoria en los términos que establece la Ley de Migración y Extranjería vigente, es decir, mediante un proceso de elaboración en el Consejo Nacional de Migración y su consecuente publicación.

Resulta importante señalar que la carencia de una política migratoria integral y, como consecuencia, las directrices o medidas administrativas que se dicten en su

ausencia, podrían desencadenar una serie de violaciones a Derechos Humanos. Por ejemplo, el artículo 6 de la Ley de Migración establece que la política migratoria estará orientada a seleccionar determinados flujos migratorios que representen una inversión de capital extranjero; no obstante, si no están claros los parámetros de esta selección, existe la posibilidad de que sus fundamentos y aplicación resulten irrazonables, desproporcionados y discriminatorios.

La Contraloría General de la República, haciendo referencia a la inexistencia de esa política migratoria integral señaló que *“además, de la revisión de las actas del Consejo Nacional de Migración, celebradas a partir de la vigencia de la Ley de Migración y Extranjería y hasta el 24 de junio de 2008, se determinó que al 31 de diciembre de 2007 el tema no se había tratado y que fue hasta el año 2008 que se acordó recurrir a organismos como la Secretaría Técnica de la Conferencia Regional para las Migraciones, para apoyar el desarrollo de técnicas y procedimientos de formulación de políticas en materia migratoria (Artículo 4 del Acta correspondiente a la sesión No. 09-2008 y artículo 5 correspondiente a la sesión No. 10-2008, celebradas el 13 y el 20 de mayo de 2008, respectivamente) y a la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), para obtener insumos y asesoría que permitan determinar los elementos en la definición de una política migratoria pública”* (CGR, 2008).

Es así como, a través de una iniciativa impulsada por la Organización Internacional para las Migraciones y la Defensoría de los Habitantes, con la participación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados e instituciones públicas como la Dirección General de Migración y Extranjería, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, el Patronato Nacional de la Infancia, entre otras, que en el segundo semestre del año 2008 se realizaron diferentes reuniones con el propósito de

formular una propuesta de lineamientos generales para la formulación de una política migratoria integral.

Según información brindada por la Organización Internacional para las Migraciones esta propuesta fue presentada al Consejo Nacional de Migración en el mes de diciembre del 2008, e incluye las siguientes áreas temáticas: desarrollo, mercado laboral, marco normativo, fortalecimiento institucional, sistemas de información, servicios sociales, seguridad social, integración social, educación, población costarricense en el exterior, integración regional e internacional, seguridad, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y otros delitos relacionados, refugio y asilo, turismo, personas migrantes y refugiadas en situación de vulnerabilidad; y define objetivos generales y específicos para cada una de estas áreas.

Resulta importante señalar que en la parte dispositiva del Informe emitido por la Contraloría General de la República, se ordenó a las autoridades migratorias que para el día 30 de junio del 2009, debía emitirse y publicarse la política migratoria integral del país, razón por la cual se presume que la propuesta a la que se hizo referencia líneas atrás, está siendo analizada en este momento por las instancias que integran el Consejo Nacional de Migración.

Finalmente, se estima oportuno mencionar que, como una muestra más de la falta de abordaje integral de este fenómeno, a pesar de que el artículo 267 de la Ley de Migración y Extranjería establece que el Poder Ejecutivo deberá reglamentar esta ley dentro de los seis meses posteriores a su publicación, a la fecha, más de dos años después, todavía éste no se ha emitido.

Como medida implementada para solventar esta situación, el Poder Ejecutivo optó por emitir el Decreto Ejecutivo N° 33506-G del 30 de octubre del 2006, para que

sea la Dirección General de Migración y Extranjería la que regule la materia migratoria con base en circulares y directrices internas, lo cual evidentemente no permite dar este abordaje integral que, en materia migratoria, resulta indispensable para garantizar la protección de los derechos humanos de esta población y de aquella que los recibe. La falta de reglamentación de los procedimientos contemplados en la Ley de Migración y Extranjería, puede estar causando lesiones a derechos fundamentales o negando el acceso a servicios indispensables para la protección de éstos. Además, no debe olvidarse que según lo que establece la Constitución Política y la Ley General de la Administración Pública, la potestad de reglamentación de una ley corresponde al Poder Ejecutivo y no, para el caso que nos ocupa, a la Dirección General de Migración y Extranjería.

CAPÍTULO 3
NORMATIVA QUE REGULA EL FENOMENO DE LA MIGRACION EN COSTA
RICA: CONTROL MIGRATORIO Y DETENCION ADMINISTRATIVA.

a. Consideraciones Generales

Según lo que establece la Ley de Migración y Extranjería el control migratorio es parte de las funciones que le corresponden a las autoridades migratorias para vigilar y controlar los movimientos migratorios, es decir, si las personas que pretenden ingresar, permanecer y salir del país, cumplen con los requisitos establecidos para esos efectos. Por su lado, la detención administrativa es una medida cautelar que las autoridades migratorias pueden imponer para garantizarse el cumplimiento de los procedimientos migratorios que pretenden sancionar a quien no cumplió con estos requisitos.

El presente apartado tiene como propósito analizar las potestades que poseen las autoridades migratorias para llevar a cabo ese control migratorio y la violación que se produce a los Derechos Humanos de quienes son detenidos por este motivo y no cuentan con los mecanismos legales suficientes para exigir la protección de estos derechos.

b. Definición del control migratorio, como parte de las facultades que poseen las autoridades migratorias

El concepto de control migratorio ha sido concebido a lo largo de los años como una manifestación del poder soberano de los Estados para decidir a quienes y de cuáles nacionalidades les es permitido ingresar y permanecer en el país; mediante el establecimiento de las pautas que dirigirán la actuación de las autoridades encargadas de su ejercicio.

En el voto N° 2003-12536 fechado 31 de octubre del 2003, la Sala Constitucional plasmó una definición de control migratorio que, para efectos de este trabajo, se estima importante transcribir:

“(...) El derecho internacional reconoce a los Estados absoluta determinación de los requisitos para permitir el ingreso y estadía de los extranjeros a su territorio. No se admite el ingreso incondicional de todo aquel que pretenda vivir en otro Estado que no es el propio. La Convención de Derecho Internacional Privado suscrita en La Habana en 1928, que contiene el denominado Código de Bustamante establece que cada Estado puede promulgar condiciones especiales en relación con los extranjeros que ingresen al territorio, sea por razones de orden público o de interés nacional, bajo las reglas impuestas por cada Constitución Política y por las obligaciones internacionales. Con fundamento en esta tesis cada Estado tiene la posibilidad de imponer reglas y procedimientos para la entrada y salida de extranjeros y definir la política migratoria que considere como más adaptada a su realidad. Esta regulación es lo que comúnmente se denomina control migratorio y comprende una serie de mecanismos y procedimientos para garantizar que el ingreso y egreso de extranjeros se ajuste tanto a nuestro ordenamiento jurídico como a las normas internacionales”.

Según lo que establecen los artículos 12 y 13 de la Ley de Migración y Extranjería, a la Dirección General de Migración y Extranjería, le corresponde ejecutar la política migratoria que dicte el Poder Ejecutivo; fiscalizar el ingreso y salida legal de personas al país, así como la permanencia de personas extranjeras; rechazar las solicitudes de ingreso que no cumplan los requisitos exigidos o que no se encuentren dentro de los supuestos previstos en la Ley o la política migratoria fijada; registrar el movimiento internacional de personas y elaborar los datos estadísticos correspondientes; crear y mantener actualizado un registro general de personas extranjeras que cuenten con autorización para la permanencia legal.

Además, le corresponde inspeccionar los lugares de trabajo y alojamiento, excepcionalmente y cuando exista causa justificada; impedir el ingreso o egreso

de personas extranjeras, o el egreso de nacionales cuando exista algún impedimento o incumplan los requisitos establecidos al efecto por la legislación vigente; autorizar, denegar o declarar ilegal el ingreso y la permanencia de personas extranjeras en el país; ordenar su deportación o ejecutar la expulsión cuando corresponda, entre otras.

En los artículos 15 al 19 de esa legislación se establecen en detalle las facultades de la Policía de Migración a partir de las cuales la Dirección de Migración podrá cumplir con las funciones de control de ingreso y permanencia de personas extranjeras en el país, según las categorías establecidas para tales efectos. Así por ejemplo, en el inciso b) del artículo 18 se establece la facultad de *“realizar el control migratorio durante el ingreso de personas al territorio nacional y su egreso de él, así como las actividades de las personas extranjeras, verificando el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley”*.

Definitivamente en estos artículos se refleja la potestad que posee el Estado costarricense de regular los flujos migratorios que ingresan, permanecen y salen de su territorio, mediante los mecanismos de control que se disponga para esos efectos, tanto en puestos fronterizos terrestres, aéreos o marítimos, como a lo interno de sus fronteras por medio de la labor que desarrolla la Policía de Migración y la Fuerza Pública cuando actúa en colaboración con la primera.

En línea con lo anterior, a pesar de que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no reconocen un derecho absoluto a migrar e instalarse en otro país para residir en éste de forma temporal o definitiva; está claro que la creencia de que existe un poder ilimitado del Estado para aplicar la normativa migratoria según su conveniencia e interés, es ya una idea superada en varios contextos y que ha empezado a afirmarse en nuestro país. La imposición de requisitos o condiciones para autorizar el ingreso y permanencia de determinada

persona, se encuentra supeditada al respeto de sus Derechos Humanos de conformidad con los principios reconocidos en esos instrumentos de carácter internacional.

En ese sentido, resulta importante rescatar lo resuelto por la Sala Constitucional, mediante voto N° 2955-2004 del 19 de marzo del 2004, cuando al referirse a las redadas policiales que se realizaron en el operativo La Carpio, llamó la atención sobre la actuación de las autoridades encargadas del ejercicio del control migratorio:

“Aunque el Estado en ejercicio de su soberanía está facultado para regular el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el país, lo que incluye desplegar controles sobre su situación y disponer aún su deportación o expulsión, cuando proceda, esto no puede hacerlo a través de operativos como el que aquí se cuestiona, con base en la normativa constitucional e internacional y la jurisprudencia arriba citada. Ello no implica cercenamiento alguno de las competencias dichas de las autoridades de Migración, pues de la misma forma en que al declararse la incompatibilidad de las denominadas redadas con los derechos fundamentales no se vedó la persecución criminal, así el Estado conserva intactos los medios que el ordenamiento jurídico le autoriza para controlar la migración irregular hacia nuestro país. Solamente que, al ejercerlos, debe –como es natural a toda la actividad estatal- respetar los límites que le señalan los derechos fundamentales”.

c. Amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de las autoridades migratorias en el ejercicio del control migratorio.

Según lo que establece el Derecho Administrativo las potestades discrecionales de la Administración Pública suponen la potestad de elegir, entre una pluralidad de

soluciones todas igualmente válidas, aquella que estime conveniente para la consecución de sus objetivos, claro está, en función del análisis de las circunstancias propias de cada caso concreto. Teniendo en cuenta lo anterior, para que una decisión o actuación fundada en una potestad discrecional no sea arbitraria debe realizarse en estricto apego al principio de legalidad y debido proceso.

Los artículos 15 y 17 de la Ley General de la Administración Pública, señalan que aún siendo una potestad de la Administración, la discrecionalidad está sometida a los límites que impone el ordenamiento jurídico: la eficiencia, la razonabilidad, las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia y los derechos del particular frente a la Administración (RAMIREZ, 1997).

En relación con las potestades discrecionales propias de la Administración Pública, el Profesor Eduardo García de Enterría, señala que en *“todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada y, en fin, la competencia para ejercitarla”*. (GARCIA DE ENTERRIA, 1962)

Ahora bien, para entender los alcances de las potestades discrecionales, es preciso establecer la diferencia de ésta con los llamados conceptos jurídicos indeterminados. Estos últimos suponen que en el ordenamiento jurídico existen conceptos que no están claramente definidos en las normas, es decir, son imprecisos e indeterminados como su nombre lo indica; por lo que para aplicarlos

se requiere la apreciación-interpretación de la instancia administrativa correspondiente.

La buena fe, el orden público, las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, entre otros, son conceptos jurídicos indeterminados en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata. *“Hay pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación”.* (GARCIA DE ENTERRIA, 1962)

En relación con las potestades discrecionales de la Dirección General de Migración y Extranjería, podría citarse el artículo 208 de la Ley de Migración y Extranjería, cuyos alcances se explicarán más adelante. Este artículo establece que para lograr la finalización de un procedimiento migratorio iniciado en contra de una persona, las autoridades migratorias pueden acordar la presentación periódica de ésta ante esa autoridad o, bien, su aprehensión por el tiempo estrictamente necesario para completar dicho procedimiento. Es decir, la legislación concede dos opciones igualmente válidas y deja a la decisión del aplicador cuál de las dos escoge en determinada situación.

Así las cosas, reconociendo que las potestades discrecionales de la Administración son legítimas por cuanto no son ilimitadas y siempre deben tener,

al menos, un elemento reglado, no pareciera existir ningún conflicto en las potestades otorgadas en la legislación migratoria a la Dirección de Migración.

No obstante, tanto en la normativa vigente como aquella que recientemente fue aprobada por la Asamblea Legislativa, existen algunas concepciones que permanecen muy apegadas a la idea de control migratorio absoluto, tal es el caso del amplio margen de discrecionalidad o decisión de las autoridades encargadas del ejercicio de este control para iniciar un proceso de deportación a una persona sobre la cual existan “indicios” o sospechas de que se encuentra en condición migratoria irregular (artículo 206 de la Ley de Migración y Extranjería). Al indicarse que basta la sospecha para que se pueda iniciar un proceso migratorio en su contra, las autoridades en cuestión utilizan parámetros como el rostro, el color de la piel o la vestimenta de una persona para suponer su condición migratoria irregular, como si éstos fueran elementos idóneos y objetivos que permitieran fundamentar su actuación (detención e inicio del procedimiento correspondiente).

La legislación vigente establece ciertas potestades a las autoridades migratorias que más que responder a una potestad discrecional, otorga a éstas márgenes muy amplios para tomar una decisión, sin que existan elementos suficientes para determinar que la misma se realiza según los parámetros de constitucionalidad y legalidad establecidos para esos efectos. A continuación se detallan algunas de las situaciones en las que se otorga a las autoridades migratorias este amplio margen de discrecionalidad para actuar, quedando a la decisión de quien aplique la normativa si toma una decisión favorable o desfavorable, violatoria o no de los Derechos Humanos de la persona involucrada:

- El artículo 19 señala que las autoridades migratorias podrán retener el pasaporte o documento de viaje de una persona por el tiempo estrictamente

necesario, cuando existan indicios de su falsedad o alteración, o cuando se vaya a aplicar en su contra una sanción.

- El artículo 54 hace referencia a los “Impedimentos para ingresar al país”. Entre las causales estipuladas se indica que las autoridades migratorias deben impedir el ingreso al país de una persona “cuyos antecedentes hagan presumir que podrían comprometer la seguridad pública, el orden público o el estado de derecho”. Asimismo, se establece en este artículo que debe negarse el ingreso al país de una persona que haya “estado vinculada a bandas o pandillas delincuenciales o a grupos vinculados con el crimen organizado”; no obstante, no se indica cuáles criterios se utilizarán para establecer esta vinculación, lo cual queda supeditado a la interpretación subjetiva de quien realiza el control, por ejemplo, el simple hecho de portar un tatuaje podría ser asumido por la autoridad migratoria como la pertenencia a un grupo de maras y así se impediría su ingreso al país.
- El artículo 110 establece los supuestos a partir de los cuáles no será reconocida la condición de refugiado a un solicitante. Específicamente el inciso d) señala que este reconocimiento no es posible cuando se presuma que una “persona podría ser responsable de un crimen internacional”. Lo anterior, en evidente violación de principio de inocencia que debe aplicarse a favor de la persona involucrada, claro está hasta que se demuestre lo contrario.
- El artículo 121 indica que la Dirección de Migración podrá declarar ilegal el ingreso o la permanencia en el país, cuando existan indicios suficientes que hagan presumir el uso de documentos o visas falsas o alteradas.

- El artículo 179 que define el proceso administrativo de deportación y enuncia los supuestos en los cuáles será aplicable el mismo, indica en el inciso b) que cuando una persona haya obtenido el ingreso o permanencia en el país, mediante declaraciones o documentos “sobre los cuales existan indicios claros y precisos que hagan presumir su falsedad o alteración”, esta persona podrá ser deportada. Es decir, ante la duda en lugar de presentarse la denuncia correspondiente en vía judicial para que ésta instancia declare o no la falsedad de un documento determinado, se deja a decisión de la autoridad migratoria esta clasificación.

Por otro lado, la detención administrativa sin que existan plazos máximos para la privación de libertad de una persona y ante la ausencia de un control de legalidad sobre la actuación de la Administración, tal y como quedará demostrado en el desarrollo de este trabajo, confirma el amplio margen de discrecionalidad otorgado a las autoridades migratorias por parte de la Ley de Migración y Extranjería.

Así por ejemplo, resulta importante mencionar nuevamente el caso del Operativo Policial realizado en la ciudadela La Carpio en el año 2004. A pesar de que en ese momento se encontraba vigente la Ley de Migración y Extranjería N° 7033, resulta importante mencionar que en la legislación que entró a regir en el mes de agosto del 2006 (Ley N° 8487), no se realizaron modificaciones en cuanto a las potestades de control migratorio, razón por lo cual las facultades discrecionales en el ejercicio de ese control se mantienen en la legislación actual.

En la investigación iniciada por la Defensoría de los Habitantes bajo el expediente N° 16425-22-2004, se determinó que como parte del operativo realizado se colocó un retén policial en la entrada principal de la Ciudadela La Carpio con el fin de interceptar a las personas que circulaban por el lugar y solicitarles en forma indiscriminada los documentos de identidad para realizar el respectivo proceso de

verificación y revisión de estatus migratorio; limitando la libertad de tránsito de todas las personas en general y no solo de aquellas vinculadas con la comisión de un hecho delictivo, tal y como se divulgó en los medios de comunicación.

Como parte de los argumentos utilizados por la Sala Constitucional para declarar con lugar el recurso presentado (Voto N° 2004-02955) se indicó lo siguiente:

“(...) El 30 de enero de 2004 en el asentamiento La Carpio se efectuaron detenciones masivas de extranjeros, lo que queda demostrado con la cantidad de personas de nacionalidad nicaragüense a favor de quienes se interpone este recurso y que las autoridades admiten haber detenido (sesenta y seis), así como con la información que difundieron los medios de comunicación nacional acerca de la detención de cerca de seiscientas personas, en su gran mayoría de la nacionalidad dicha (diario La Nación del 31 de enero del 2004, telenoticieros Noticias Repretel de Canal 6, Telenoticias de Canal 7 e informe 11 de canal 11).

En repetidas ocasiones esta Sala ha recalcado que el artículo 37 de la Constitución Política, al regular la libertad personal, impone fundamentarse en el indicio comprobado de la comisión de un delito antes de proceder a privar a alguien de ella, lo que prohíbe, consecuentemente, las detenciones colectivas en aras de establecer, con posterioridad a la privación de libertad, si entre los detenidos existen personas que deban ser puestas a la orden de una autoridad judicial o con una situación migratoria irregular. (...). Y en la resolución N° 8593-98 de las 15:36 horas del 1° de diciembre de 1998 esta Sala señaló: “(...) la detención de una persona debe estar debidamente justificada, y si se realiza para verificar la documentación de las personas, esta revisión debe hacerse antes de trasladarse a la persona a cualquier lugar y sólo en aquellos casos en los que la persona no tenga documentación alguna a la mano y se pretenda verificar su identificación, lo cual no implica, que los recurridos puedan hacer arrestos

genéricos e indiscriminados sólo para llegar a verificar la documentación y llevarlos hasta la Comisaría para proceder a hacerlo (...). En igual sentido, la actuación de los recurridos resulta violatorio del artículo 37 de la Constitución Política, por cuanto del expediente se desprende que lo realizado no es un operativo específico donde se sospeche que determinadas personas están cometiendo algún delito o sean buscados por las autoridades, sino como ya se dijo fue arresto genérico e indiscriminado, que no es más que una de las conocidas “redadas” aunado al hecho de lo desproporcionado que resultó el tiempo de la detención del recurrente” (En el mismo sentido véanse las sentencias N° 3311-94 de las 15:00 horas del 6 de julio de 1994, N° 946-98 de las 10:39 horas del 13 de febrero de 2004 y 2000-8243 de las 14:38 horas del 20 de setiembre de 2000)”.

Está claro que la Ley de Migración y Extranjería establece las sanciones que las autoridades migratorias podrán aplicar en caso de que una persona migrante o solicitando de refugio, incumpla las disposiciones establecidas para su ingreso y permanencia en el país. Sin embargo, considerando que no existen criterios objetivos para la interceptación de una persona extranjera sobre la cual se presume su ingreso o permanencia irregular en el país y, por ende, para el inicio de un procedimiento de verificación de la condición migratoria, las autoridades correspondientes deciden en forma subjetiva y sin control alguno en qué momento solicitar estos documentos y cuándo iniciar dichos procedimientos. Lo anterior, no solo en evidente violación del Principio de Inocencia que debería aplicarse en relación con toda persona sobre la cual no existan indicios comprobados de que ha cometido un delito o, para el caso concreto del control migratorio de que se encuentra evadiendo o infringiendo las normas relativas al ingreso y permanencia en el país, sino también en violación del Principio al Debido Proceso.

En línea con lo anterior, a continuación se explican las sanciones y procedimientos que contempla la Ley de Migración y Extranjería N° 8487, para los casos de personas extranjeras que ingresen o permanezcan en el país, evadiendo las disposiciones establecidas para tales efectos.

La figura administrativa del rechazo regulada en el artículo 57, establece que las autoridades encargadas del ejercicio del control migratorio (ya sea Policía de Migración o Fuerza Pública), se encuentran facultadas para negar el ingreso al país de una persona extranjera que no cumpla con los requisitos establecidos para tales efectos, haya ingresado evadiendo el respectivo control o haya sido encontrada sin someterse a este control en una franja de 50 kilómetros adyacentes a la frontera o sea sorprendida intentando evadir ese control o ingresando por un lugar no habilitado. Como una muestra más de la manifestación de esos márgenes amplios de decisión o actuación en el ejercicio del control migratorio, la ejecución de la figura del rechazo, autoriza a las autoridades correspondientes a ordenar el traslado inmediato de esta persona al país de origen o de procedencia, sin que sea necesario la realización de un procedimiento determinado y las garantías del debido proceso.

El artículo 179 de ese mismo cuerpo normativo, señala que la sanción de la deportación procede cuando la persona haya ingresado al país sin cumplir las disposiciones establecidas por esa legislación (siempre y cuando sea detectada después de los 50 kilómetros adyacentes a la línea fronteriza, ya que en caso contrario procedería el rechazo administrativo); cuando haya obtenido el ingreso al país o su permanencia en él por medio de declaraciones o documentos sobre los cuales existan indicios claros y precisos que hagan presumir su falsedad o alteración; cuando permanezca en el país una vez vencido el plazo autorizado o cuando haya sido conminada a abandonar el territorio y no lo haga en el plazo señalado por la Dirección de Migración. Según el procedimiento establecido para

esta sanción, la persona en contra de la cual se ejecute la deportación, no podrá ingresar al país por un plazo de cinco años (artículo 181).

Por otro lado, el artículo 182 de la Ley de Migración y Extranjería N° 8487 señala que la expulsión es la sanción administrativa que tiene lugar cuando el Ministerio de Gobernación y Policía, mediante resolución fundada, ordena a una persona que gozaba de una autorización de permanencia regular en el país, en cualquiera de las categorías migratorias, salir del país por considerarse que su presencia *“comprometen la seguridad pública, la tranquilidad o el orden público”*. En el caso del procedimiento de expulsión, la persona extranjera contra la que se ejecute, no podrá ingresar al país en un plazo de diez años (artículo 183).

A pesar de que parecieran existir los mecanismos y las sanciones necesarias para llevar a cabo el ejercicio del control migratorio de conformidad con los lineamientos establecidos en la Ley de Migración y Extranjería, por ejemplo, en cuanto al interés de seleccionar los flujos migratorios que permitan incrementar la inversión de capital extranjero y el fortalecer el conocimiento científico, tecnológico, cultural y profesional en las áreas que el Estado defina como prioritarias (inciso a) del artículo 6); lo cierto es que en la realidad existe un gran número de personas que logran ingresar al país sin cumplir con ese estereotipo, es decir, sin ser del interés del Estado. Tal y como se señaló al inicio de este trabajo, las condiciones geográficas de nuestro país y lo poroso de sus fronteras facilitan ese ingreso, incluido aquel que se realiza al margen de las disposiciones y requisitos establecidos.

Y es precisamente, ante esta realidad, que es factible concluir que los recursos que posee la Dirección General de Migración para ejecutar ese control migratorio resultan ser ínfimos, y a veces ni siquiera idóneos para lograr la efectividad y oportunidad de las medidas que se quieren implementar. Es aquí donde el

fantasma de la migración irregular empieza a ser percibido como una amenaza, pero no porque sea un problema en sí mismo, sino porque evidencia la incapacidad estatal de brindar una respuesta al respecto.

Para finalizar este apartado, es importante señalar que el control migratorio va más allá de la cantidad de policías que puedan, valga la redundancia, controlar el ingreso, permanencia y egreso del país de personas extranjeras, sino que implica un sistema integral de organización e información que permita, además, una serie de acciones que faciliten ese control con un enfoque que supere la visión represiva y que garantice el respeto de los Derechos Humanos de las personas que son sometidas a éste.

d. Detención Administrativa por razones del control migratorio: una privación de libertad por infracción de una normativa de carácter administrativo

A pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el artículo 13 que *“toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”*; a partir de las disposiciones reguladas en los artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos, para el caso de personas migrantes la libre circulación dentro de las fronteras de un Estado está condicionada a la legalidad de la permanencia en el país.

Aún así, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconoce el derecho a la libertad personal como un derecho fundamental de toda persona y, por ende, establece que su limitación solamente puede darse siempre

y cuando se garantice el debido proceso y la posibilidad de revisión judicial del procedimiento iniciado en su contra:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”.

Tal y como se mencionó, partiendo de que existe la potestad de imponer limitaciones a la libertad de circulación de una persona, las legislaciones migratorias definen las sanciones a aplicar a quien ingresó o permaneció en el país sin cumplir con los requisitos establecidos para tales efectos o que, a pesar de haber gozado de una autorización de permanencia, se encuentra en alguno de los supuestos que permiten su cancelación.

La detención administrativa está siendo utilizada, en muchos países del mundo, como mecanismo que no solo permite vigilar y controlar la irregularidad de la permanencia de una persona extranjera manteniéndola en vigilancia hasta que su deportación sea ejecutada, sino también como medida ejemplarizante en relación con las consecuencias que produce la migración irregular. Con la imposición de la medida cautelar más gravosa, es decir, la privación de libertad, las autoridades migratorias pretenden lograr un efecto disuasorio en la intención de las personas

que intentan migrar al margen de las disposiciones establecidas para esos efectos.

En línea con lo anterior, el artículo 18 de la Ley de Migración y Extranjería enuncia como parte de las funciones de la Policía de Migración, la potestad de aprehender cautelarmente, por el tiempo estrictamente necesario, a las personas extranjeras que no demuestran que gozan de una permanencia legal en el país, a fin de determinar su situación migratoria y tramitar y ejecutar la sanción de deportación.

Por otro lado, el artículo 25 inciso e), establece que *“las personas extranjeras únicamente podrán ser detenidas según lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes. No obstante, podrán ser aprehendidas, con el fin de investigar su situación migratoria”*.

Por su parte, el artículo 208 de ese mismo cuerpo normativo señala que, para efectos de garantizar la ejecución de las sanciones que correspondan, las autoridades migratorias podrán acordar la presentación periódica de una persona ante éstas a efectos de asegurarse que no evadirá el procedimiento administrativo iniciado en su contra o, bien, su aprehensión por el tiempo estrictamente necesario para finalizar dicho procedimiento. No obstante, de estas dos opciones la que suele utilizarse con mayor frecuencia es la de la detención.

Debe quedar claro que, según la legislación migratoria vigente, la detención administrativa no es una sanción que se aplica como consecuencia de la condición migratoria irregular de una persona, sino que es una medida que la ley establece para garantizar al Estado la ejecución de la sanción de deportación. No obstante, resulta preocupante que para ordenar esta detención, las autoridades migratorias no están obligadas a emitir una resolución que justifique su aplicación y los motivos sobre los que se fundamenta, razón por la cual, como se indicará

adelante, no es un acto que pueda ser recurrido por la persona afectada. Incluso, han existido casos en los que se ha aplicado en forma irrestricta, sin considerar la situación particular de las personas afectadas y sin acatar la normativa internacional aplicable, por ejemplo, en lo que a solicitantes de la condición de refugiado y víctimas del delito de trata de personas se refiere.

De conformidad con lo anterior, resulta importante traer a colación alguna de la normativa internacional que establece que esta medida no debe ser utilizada en forma indiscriminada contra toda persona que se encuentre en condición migratoria irregular, sino que deben analizarse las situaciones individuales en las que éstas se encuentran para garantizar que las decisiones de las autoridades respectivas se ajusten a los compromisos internacionales adquiridos por el país.

En lo que respecta a las personas solicitantes de la condición de refugiado, el artículo 31 de la Convención de 1951 exceptúa de sanción por entrada o presencia ilegal a las personas que llegan directamente a un país por ser víctimas de persecución, siempre y cuando se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada para su entrada o presencia en condiciones irregulares y, por lo tanto, su deseo de solicitar refugio.

Al respecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en el mes de febrero de 1999, emitió las “Directrices Generales del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de refugio”, en las que se aclara que la detención de personas solicitantes de esta condición no debe darse en forma automática cuando se detecte su ingreso o permanencia en condición irregular, sino que debe darse únicamente en casos de necesidad. La Directriz N° 3 establece los motivos de excepción para la aplicación de esta medida; asimismo, señala que cuando sea procedente se deben utilizar medidas alternativas como la obligación de comparecer ante la autoridad

respectiva o el pago de una fianza o caución. Las excepciones contempladas son las siguientes:

(i) Para verificar la identidad: en casos en que la identidad pudiera ser incierta o sobre la cual existe controversia.

(ii) Para determinar los elementos sobre los cuales se basa la solicitud de asilo o reconocimiento de la condición de refugiado: Esta formulación significa que el solicitante de asilo puede ser detenido exclusivamente a efectos de llevar a cabo una entrevista preliminar para identificar los motivos de su solicitud de asilo. Esto implicaría obtener información del solicitante respecto a hechos esenciales tales como por qué busca asilo y no se extendería a una determinación de los méritos o de la solicitud. Esta excepción al principio general no puede ser utilizada para justificar la detención durante todo el proceso de determinación o por un período de tiempo ilimitado.

(iii) En casos en que los solicitantes de asilo han destruido sus documentos de viaje y/o identidad; o han utilizado documentos falsos para despistar a las autoridades del Estado en el cual tienen intención de solicitar asilo: Lo que se debe establecer es la ausencia de buena fe del solicitante para cumplir con la verificación del proceso de identidad. En lo que respecta a la utilización de documentos falsos o cuando viajan sin ningún tipo de documentación, la detención sólo es permitida cuando existe la intención de engañar, o la negativa a cooperar con las autoridades.

(iv) para proteger la seguridad nacional o el orden público: Esto se refiere a casos donde existe evidencia que demuestra que el solicitante tiene antecedentes penales y/o afiliaciones que, de permitírsele la entrada, probablemente represente un peligro para el orden público o la seguridad nacional.

No obstante lo anterior, en la práctica, tal y como se indicó, la medida de la detención administrativa a personas solicitantes de refugio se aplica sin que existan parámetros claros y objetivos que la justifiquen, principalmente, cuando medió un ingreso irregular al país. A modo de ejemplo podría citarse el caso reciente de personas provenientes de países como Eritrea, Somalia, Etiopía, Nepal, entre otros, que han arribado al país con relativa frecuencia a partir del último semestre del año 2008. Contrario a lo que ocurre con solicitantes de refugio de otras nacionalidades que al accionar el procedimiento establecido permanecen en libertad y documentados hasta que su solicitud sea resuelta, para el caso de las personas de los países mencionados, éstas debieron permanecer en detención administrativa y sin portar un documento que las identificara como solicitantes por un plazo aproximado de tres meses, luego del cual el Estado costarricense decidió modificar la modalidad de la medida impuesta y permitir su egreso parcial del centro de aprehensión en el que pertenecían.

Ahora bien, en cuanto a las víctimas del delito de trata de personas, el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, señala en su artículo 3 que por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

En el artículo 6 siguiente, se establecen algunas disposiciones relacionadas con la asistencia y protección que los Estados deben dar a las víctimas de este delito. Como parte de estas medidas en el inciso N° 3 se indica que “*cada Estado Parte*

considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil y en particular mediante el suministro de: a) Alojamiento adecuado (...)”.

Resulta necesario advertir que a partir de esta norma y de las regulaciones contempladas en el Protocolo en cuestión, es posible llegar a la conclusión de que el alojamiento de las personas víctimas del delito de trata de personas no debe darse en centros de detención destinados para personas extranjeras en condición irregular, ya que por las condiciones de infraestructura de estos lugares y por la dinámica de encierro que los rige (privación de libertad que se realiza bajo la vigilancia y custodia de la Policía de Migración), su traslado a estos lugares se convierte en una circunstancia que las re-victimiza y produce en ellas un daño psicológico y físico que puede agravar el ya vivido por su condición de víctima y las diferentes situaciones que sufrió a manos de quienes denigraron y maltrataron su dignidad humana e integridad personal.

En relación con lo anterior, se estima importante transcribir, en lo que interesa, las consideraciones emitidas por la Organización Global Rights:

“En muchos países, las personas tratadas son deportadas inmediatamente o retenidas en prisiones o correccionales porque no existe ningún refugio apropiado. (...) Así, la carencia de refugio apropiado termina en una re-victimización y permite que los tratantes sigan con impunidad y continúen cometiendo el delito de la trata. La sección 6.3 (a) de Protocolo contra la Trata podría ser incorporada en la legislación interna en dos partes. La primera parte establecería el principio de que nunca se debería llevar a las personas tratadas a centros de detención, cárceles o prisiones, excepto en casos extremos cuando no exista otro lugar disponible. En

ningún caso las personas tratadas deben ser retenidas con otros detenidos o prisioneros. La segunda parte sería un compromiso donde el gobierno proporcione la financiación o los recursos para "el alojamiento adecuado" (Global Rights, 2005).

Lamentablemente, tal y como se indicó, la medida de la detención administrativa se ha utilizado en forma irrestricta sin tomar en consideración si se está en presencia de personas solicitantes de refugio, víctimas del delito de trata de personas o el tráfico ilícito de migrantes, con las agravantes que esta generalidad de atención puede ocasionar, principalmente, ante la ausencia de centros y personal especializado para brindarla en condiciones adecuadas. En ese sentido, en algunos casos, estas personas son detenidas y deportadas sin que se investiguen los actos cometidos en su perjuicio por parte redes tratantes dedicadas a estos actos ilícitos y sin que se les haya dado un abordaje especializado y diferente al de migrantes irregulares.

A modo de ejemplo, podría citarse el caso del grupo de personas de nacionalidad china a favor de las cuales la Defensoría de los Habitantes presentó un recurso de hábeas corpus en el año 2007, quienes permanecían en el Centro de Aprehensión para extranjeros en tránsito debido a que las autoridades migratorias estaban brindándoles una "atención y asistencia humanitaria" (expediente constitucional N° 07-010240-0007-CO); el de una persona de nacionalidad cubana que permaneció detenida en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, pese a haber manifestado su intención de solicitar refugio en el país, a favor de quien, igualmente, la Defensoría de los Habitantes presentó dos recursos de hábeas corpus que se tramitaron bajo los expedientes N° 09-001012-0007-CO y 09-000993-0007-CO; y finalmente, el del grupo de personas de nacionalidad sudafricana que se encuentra en el Centro de Aprehensión desde el día 2 de julio del 2009 y otras de estas nacionalidades que han ido ingresando con

posterioridad; pese a que todas iniciaron el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiadas.

e. Características de la detención administrativa por razones de control migratorio

De conformidad con lo que establece el Principio de Legalidad que rige las actuaciones de la Administración Pública (Artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública), los actos limitativos de derechos fundamentales deben estar debidamente regulados en una ley (Principio de Reserva Legal).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Ley de Migración y Extranjería establece como parte de las funciones de la Policía de Migración, la potestad de detener a una persona en condición migratoria irregular; todo pareciera indicar que con esta mención las autoridades migratorias dan por subsanado el requisito de reserva legal de las detenciones administrativas.

No obstante, los artículos mencionados señalan que la detención que se realiza para la verificación de la condición migratoria de una persona y la consecuente aplicación del procedimiento que corresponda, refiere a una “aprehensión” que solo se realiza durante el tiempo que sea necesario y no a una detención en sentido estricto, ya que las personas extranjeras solo podrán ser detenidas, de conformidad con lo que establece el artículo 37 de la Constitución Política. Este, precisamente, es el argumento que ha sido utilizado por la Dirección General de Migración y Extranjería para justificar, ante la Sala Constitucional, la detención de una persona a la que, pese al transcurso del tiempo, “no ha sido posible deportar”.

Debe quedar claro que, de conformidad con la Ley de Migración y Extranjería, la detención administrativa no es en sí misma el fin que las autoridades migratorias

pretenden alcanzar con su aplicación, es decir, no está contemplada como una sanción por el ingreso o permanencia irregular, sino que ésta es el medio que utilizan para lograr la ejecución de las sanciones administrativas, como por ejemplo, para efectos de la deportación.

Sin embargo, resulta necesario insistir en que partiendo de que dicha “aprehensión” no establece plazos máximos de detención, ni distingue etapas dentro del procedimiento migratorio de deportación, ni establece el poner a la orden de un juez a la persona detenida, esta medida no es más que una detención-privación de libertad que, en algunos casos, se prolonga en forma indefinida por varios meses, generando incertidumbre e inseguridad jurídica y colocando a la persona en una situación de vulnerabilidad y desprotección frente al poder estatal que la mantiene en esa condición. Así las cosas, se trata entonces de una privación de libertad que, a todas luces, resulta ilegítima y violatoria de los Derechos Humanos de las personas sobre las cuales se ejerce:

“El respeto a los Derechos Humanos impone la adecuación del sistema jurídico para asegurar la efectividad del goce de dichos derechos. El deber de respeto también comporta que haya de considerarse como ilícita toda acción u omisión de un órgano o funcionario del Estado que, en ejercicio de los atributos de los que está investido, lesione indebidamente los derechos humanos. En tales supuestos, es irrelevante que el órgano o funcionario haya procedido en violación de la ley o fuera del ámbito de su competencia. En efecto, lo decisivo es que actúe aprovechándose de los medios o poderes de que dispone por su carácter oficial como órgano o funcionario”. (NIKKEN)

A continuación, se estima importante transcribir algunas definiciones del concepto de “detención”, que resultan aplicables a la medida que se analiza en este trabajo. Lo anterior, con el propósito de entender con mayor claridad que la “aprehensión”

que realizan las autoridades migratorias, a pesar de denominarse así en la legislación vigente, no es más que una privación de libertad que debe estar revestida de todas las garantías del debido proceso.

En primera instancia se trae a colación la definición plasmada por un Tribunal Español en la sentencia 98-1986 del 10 de julio de 1986, citada por el escritor Víctor Fairén Guillén, en su libro “La identificación de personas desconocidas”:
“Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad”. (FAIREN, 1992).

El Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones, define la figura de la detención de la siguiente forma:

“Restricción de la libertad de movimiento de una persona por las autoridades del Estado, generalmente en oficinas públicas facultadas para ello: cárceles, retenes, prefecturas, áreas de seguridad. Hay dos tipos de detención: detención penal que tiene como propósito el castigo por la realización de un delito y detención administrativa vinculada a otras circunstancias no penales que darán lugar a otras medidas administrativas, como, por ejemplo, la deportación o expulsión. En la mayoría de los países los migrantes irregulares están sujetos a detención administrativa ya que han violado las normas de inmigración, lo que no se considera un delito” (OIM, 2006).

Las Directrices del ACNUR sobre este tema, establecen la siguiente definición:

“Directriz 1 [...] el ACNUR considera el término detención como sinónimo de: confinamiento dentro de un sitio estrechamente delimitado o restringido, incluyendo prisiones, campamentos cerrados, instalaciones de detención o zonas de tránsito en los aeropuertos donde la libertad de movimiento está substancialmente limitada, donde la única oportunidad de abandonar esa área restringida es abandonar el territorio. Existe una diferencia cualitativa entre detención y otras restricciones a la libertad de movimiento”.

A nivel nacional, nuestra Constitución Política establece los presupuestos que regulan lo concerniente a la privación de libertad de una persona, delimitando así la actuación del Estado a ciertas condiciones establecidas en el artículo 37: *“nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas”.*

Por otra parte, el artículo 39 señala que *“a nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores”.*

Así, está claro que la Constitución Política dispone la necesaria comisión de un delito –o indicio comprobado de que este haya ocurrido- para que se configure el supuesto en virtud del cual una persona podrá ser privada de su libertad. No obstante, la detención administrativa como medida cautelar para la aplicación de

una sanción de carácter administrativa-migratoria, pese a no tratarse de un delito, igualmente supone una respuesta punitiva del Estado, para aquellas personas que no cumplan con las disposiciones que regulan el ingreso o permanencia en el país.

En no pocas ocasiones, la Sala Constitucional ha afirmado la legalidad de la detención que realizan las autoridades migratorias con ocasión del control propio de su función, aún y cuando en ésta no se encuentren previstas las garantías necesarias para asegurar el acceso a una justicia pronta y cumplida.

Así por ejemplo, mediante resolución N° 2005-09618 del 20 de julio del 2005, la Sala Constitucional confirmó la tesis de la validez de la restricción a la libertad personal de una persona extranjera en condición migratoria irregular, en los siguientes términos:

“(...) En numerosas oportunidades, esta Sala ha mantenido la tesis de que las autoridades de Migración pueden restringir la libertad de un extranjero que ingresa ilegalmente al país durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su deportación o expulsión, circunstancia en la cual no rige el plazo de las 24 horas a que se refiere el artículo 37 constitucional (...), por lo tanto ni la posibilidad de aprehensión cautelar ni que no haya un tiempo máximo, son inconstitucionales, siempre y cuando este plazo sea justamente como dicen estos artículos el “estrictamente necesario”.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, podrían citarse, entre otros, los votos N° 5945-94 del 11 de octubre de 1994, N° 8397-99 del 3 de noviembre de 1999, N° 2459-00 del 21 de marzo del 2000, N° 4244-00 del 17 de mayo del 2000, N° 2187-06 del 22 de febrero del 2006 y N° 5233-06 del 18 de abril del 2006, que igualmente refieren a la potestad de las autoridades migratorias de detener a una

persona para constatar su condición migratoria en el país y el inicio del procedimiento que corresponda y en los que además se hace referencia a votos anteriores emitidos en el mismo sentido.

No obstante, en ninguno de éstos, la Sala Constitucional ha cuestionado si la ubicación de estas personas en un lugar específico que permita a las autoridades migratorias ejecutar las sanciones correspondientes, se debe realizar en un centro de detención (privación de libertad) o si más bien debería darse en un albergue o espacio que reúna otro tipo de condiciones y que se rija por disposiciones diferentes a las de aquellos lugares en los que sí debería ejercerse una función punitiva del Estado debido a que se está en presencia de la comisión de un delito (centros penitenciarios, por ejemplo).

Resulta incuestionable que la detención administrativa por períodos prolongados y en condiciones inhumanas, produce consecuencias graves en la salud física y psíquica de las personas privadas de libertad, que se pueden agravar si no existe el equipo médico y psicológico necesario para atender las diferentes situaciones que surjan.

A modo de ejemplo de lo anterior, puede citarse el caso de una persona de nacionalidad guatemalteca que el mismo día en que fue puesto en libertad por parte del sistema penitenciario costarricense (14 de marzo del 2006), fue detenido por las autoridades migratorias y trasladado al antiguo Centro de Aprehensión ubicado en la Quinta Comisaría, por no portar un documento que autorizara su permanencia en el país. Considerando que, aparentemente, no se le brindó información precisa acerca de las causas de su detención y que emocionalmente no logró afrontar el hecho de encontrarse nuevamente privado de su libertad, aún y cuando fuera por un motivo diferente, el día 31 de marzo del 2006 decidió prender fuego a la colchoneta en la que dormía y al encontrarse en una celda que

permanecía cerrada, el lugar se incendió sin que las autoridades migratorias y aquellas que prestaron auxilio, lograran sacarlo y brindarle atención médica en forma oportuna. Las quemaduras en su cuerpo y la asfixia que sufrió, lamentablemente acabaron con su vida (LA NACION, 2006).

Al respecto, Amnistía Internacional ha señalado que *“la detención, particularmente cuando es prolongada, puede producir deterioro en la salud física y mental. Las personas detenidas en calidad de migrantes irregulares, solicitantes de asilo en espera de la resolución de su caso o solicitantes de asilo a quienes se han rechazado y están esperando su expulsión no solo sufren las penalidades de la reclusión, sino también una abrumadora incertidumbre con respecto a su suerte. A veces no comprenden los trámites ni las razones de su detención, por lo que se sienten impotentes e indefensas”* (Amnistía Internacional, 2008).

Considerando que la infraestructura del Centro de Aprehesión para extranjeros en tránsito no permite albergar en forma completa los grupos familiares que son detenidos, aún y cuando las personas menores de edad únicamente estén acompañadas por uno de sus padres; cuando no ha sido posible mantenerlas incluso en otros recintos dentro del mismo centro, las autoridades migratorias han tenido que notificar al PANI para que éstas puedan ser trasladadas a uno de los albergues habilitados por esta instancia, produciendo una separación familiar que agrava la situación de quienes se encuentran privados de su libertad. La imposibilidad de que padres e hijos puedan tener contacto entre sí, ni tener la certeza de las condiciones en las que se encuentran los otros, produce un daño psicológico y emocional que unido a aquel que produce el encierro es muy difícil de revertir, por no decir imposible.

Otro aspecto que merece especial atención al analizar la figura de la detención administrativa, lo es el relacionado con el plazo por el cual ésta se puede ordenar.

La Ley de Migración y Extranjería señala que esta potestad de detención puede ser aplicada por el “tiempo estrictamente necesario” para asegurarse el cumplimiento y ejecución del procedimiento de deportación. Sin embargo, en ninguno de los votos mencionados, y en otros que se han emitido haciendo eco de resoluciones anteriores similares, la Sala Constitucional ha hecho referencia clara a lo que debe entenderse por “estrictamente necesario”.

De conformidad con lo anterior, este máximo Tribunal de garantías constitucionales ha aceptado la privación de libertad de estas personas, siempre y cuando la Dirección General de Migración y Extranjería, logre demostrar que ha hecho las “gestiones necesarias” para proceder con la deportación de una persona extranjera, reduciendo ese control judicial a la simple verificación de gestiones como: llamadas telefónicas a los Consulados responsables de documentar a una persona, oficios dirigidos a las líneas aéreas solicitando espacio en determinados vuelos, entre otros, aún y cuando entre una gestión y otra haya transcurrido más de un mes y, en total, esa detención se haya podido prolongar por varios meses más. No debe obviarse que ese tipo de gestiones suele complicarse cuando un país se niega a reconocer a una persona como su nacional, cuando no existe en aquel que está ejecutando la deportación la representación diplomática del país de origen o cuando no se dispone de medios económicos suficientes para cancelar el costo de los tiquetes aéreos de los custodios que acompañarán a la persona detenida durante el viaje de regreso.

A modo de ejemplo de lo anterior, resulta importante mencionar que en una inspección realizada por la Defensoría de los Habitantes el día 9 de agosto del 2007 en el Centro de Aprehensión para extranjeros en tránsito, esta instancia logró constatar que había 6 personas de nacionalidad china que permanecían detenidas desde el mes de febrero anterior, es decir, se encontraban en esa situación desde hacía 6 meses atrás. Otras personas habían ingreso al lugar en

los meses de marzo, abril y mayo. Igualmente, en inspección realizada el día 7 de mayo del 2008, esa Defensoría constató que había personas que ingresaron al lugar en el mes de febrero anterior, es decir, se encontraban detenidas desde hacía 3 meses (Expediente N° 09227-2007-SI).

Asimismo, a continuación se transcribe un extracto del Informe de Labores del 2008 emitido por las autoridades encargadas del Centro de Aprehensión Temporal para extranjeros en condición irregular: *“Para esos primeros meses se venían arrastrando casos cuyo único motivo de permanencia más de cien días era el financiamiento de su transporte y el de los custodios, aspectos estos que hoy día requieren urgentemente una regulación mediante parámetros claros de cuando y como se requiere una custodia. Casos característicos son los de la ciudadana austriaca quien por falta de definición si requería o no custodios para ser deportada permaneció por más de ocho meses aprehendida y una vez se desistió de la idea de los custodios se concretó su deportación en menos de quince días. Así como otros casos de igual relevancia está el de los ciudadanos chinos que han permanecido por similares períodos de tiempo a la espera de que otra gestión concrete lo pertinente a su financiamiento y si requiere o no custodia (...). Ya para finales de octubre se logró concretar las deportaciones de los extranjeros ubicados en la alerta roja y a la fecha nuevamente se tiene un caso de un colombiano que ya va para los tres meses esperando ser deportado”.*

A pesar de que ésta no haya sido la lectura imperante en la Sala Constitucional, tratándose del **DERECHO A LA LIBERTAD E INTEGRIDAD FISICA DE UNA PERSONA**, los plazos de detención analizados han resultado a todas luces irrazonables, por no ser proporcionales a la medida o sanción que se pretende aplicar y por generar una incertidumbre jurídica que ubica a estas personas en una situación de indefensión absoluta frente al poder sancionatorio de las autoridades migratorias.

Considerando que la privación de libertad es una afectación a un derecho fundamental, esta restricción debe procurar producir el menor perjuicio y solo en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral, la salud pública o los derechos y libertades de las demás personas (artículo 22 párrafo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Es decir, debe ser el último recurso que se utilice y únicamente cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa como, por ejemplo, presentación periódica ante las autoridades correspondientes, pago de una determinada suma de dinero como garantía, obligación de residir en un lugar específico, entre otras que podría implementarse.

Para Amnistía Internacional *“para ser legal, según las normas internacionales de derechos humanos, la detención por razones de migración sólo debe utilizarse en circunstancias excepcionales, debe ser proporcional al objetivo perseguido con ella y debe durar el menor tiempo posible. Sólo debe practicarse tras una evaluación que demuestre que es legal y necesaria en cada caso particular. Debe estar basada en un detenido examen de las circunstancias de la persona, incluidos su historia personal y el riesgo de que huya. Ha de ser objeto de una revisión judicial. (...) La detención debe ser el último recurso, no la primera respuesta. Sin embargo, en algunos países se detiene automáticamente, a veces por largos períodos o de forma indefinida, a toda persona que llegue sin la documentación necesaria. Y hay países en los que ni siquiera los niños y las niñas se libran de la reclusión en penosas condiciones”* (Amnistía Internacional, 2008).

Teniendo en cuenta lo señalado por esa organización y probablemente partiendo del reconocimiento de la incapacidad institucional para dar seguimiento efectivo a procesos migratorios sin que medie la contención física de una persona, la

privación de libertad ha sido concebida, en la mayoría de los casos, como la única forma posible de controlar “una amenaza” y hacer efectiva su salida del territorio nacional, aunque para ello resulte inevitable que se produzcan violaciones a los derechos humanos de estas personas, tal y como se ha hecho referencia en párrafos anteriores, aplicando la medida más gravosa para la persona sometida al control migratorio.

En relación con lo anterior, ha habido algunos votos de la Sala Constitucional, representando éstos un número muy reducido en comparación con los que sí avalan esta privación de libertad en los términos en los que actualmente se realiza, en los que el plazo de detención sí ha sido considerado ilegítimo y desproporcionado; no obstante, desafortunadamente, estas consideraciones continúan respondiendo a casos particulares y no han permitido establecer con claridad criterios objetivos a partir de los cuales sea posible realizar la revisión de estas detenciones.

Como ejemplo de lo anterior, podría citarse la siguiente resolución:

“Si bien es cierto la detención de la recurrida por no portar documento alguno se ajusta a derecho, no lo fue la prolongación de ésta. La Dirección recurrida justifica que la detención de la amparada se prolongó del 5 de enero de este año hasta el día 8 del mismo mes y año, en virtud de las investigaciones que tuvo que iniciar para indagar su nacionalidad, así como por el hecho, de que eran varios los investigados en ese operativo. No obstante, del expediente se desprende que las indagaciones y diligencias se realizaron el día 6 de enero del 2001 sin que exista alguna resolución posterior a esa fecha que justificara que la misma, tuviese que permanecer detenida hasta el 8 de enero para verificar alguna diligencia, lo que estima este Tribunal resulta violatorio de su libertad de tránsito, ya que la detención de la amparada resulta desproporcionada e irrazonable con relación a

las diligencias realizadas durante la investigación. Así las cosas, en cuanto a la Dirección General de Migración y Extranjería el recurso debe declararse con lugar, por violación al artículo 37 de la Constitución Política (...)” (Resolución N° 0392-91 del 16 de enero de 1991).

Así como aquella emitida mediante el voto N° 8443-06 de fecha 13 de junio del 2006:

“Se encuentra plenamente acreditado que con anterioridad a que se le notificara el auto de traslado de este proceso, la Dirección General de Migración y Extranjería ya había ejecutado la deportación de (...). Asimismo, se constató que la ejecución del acto administrativo de deportación dictado contra (...) ha quedado a la espera que esa Dirección finalice las diligencias necesarias para su traslado a la República Popular de China. Aprecia la Sala que resulta innecesario mantener a los tutelados privados de libertad mientras se ejecuta el acto administrativo dispuesto en su contra en virtud que la deportación se encuentra acordada. (...) En este particular la tardanza en que incurrió la Dirección General de Migración y Extranjería para ejecutar la deportación produce una clara vulneración al orden constitucional, motivo por el cual el recurso se debe declarar con lugar el recurso y proceder inmediatamente a la deportación de los amparados respecto de los cuales no se haya ejecutado esa orden”.

Finalmente, tal y como se indicó, en la mayoría de los casos la detención administrativa de personas extranjeras ha sido considerada como el principal recurso a utilizar para poder ejercer el control migratorio requerido para la ejecución de una orden de deportación. Lo anterior, a pesar de que no siempre se realiza un análisis detallado e individualizado de las circunstancias de cada persona migrante y solicitante de la condición de refugiado, que permita identificar con exactitud si existe un riesgo de fuga o evasión de la sanción que amerite la

detención, debido a que las medidas alternativas no serían eficaces para lograr la ejecución de la deportación de esa persona.

La aplicación generalizada de esta medida, sin lugar a dudas, contraviene el **Principio de Pro-Homine** que establece que las disposiciones legislativas que limiten derechos fundamentales deben interpretarse en la forma que más favorezcan a la persona involucrada, con el propósito de que, con su aplicación, se produzca el menor perjuicio posible, adicional a aquel que ya se producirá con la limitación de ese derecho.

El Dr. Javier Llobet Rodríguez en su libro “Derechos Humanos y Justicia Penal” cita una definición del Principio Pro Homine elaborado por la señora Mónica Pinto, que a continuación se transcribe:

“Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre” (LLOBET, 2007).

De esta forma, la potestad que poseen las autoridades migratorias en cuanto a la privación de libertad de una persona extranjera en condición irregular, debe aplicarse en forma favorable a ésta, es decir, su aplicación no debería ser la regla sino la excepción, de manera tal que, ante el inicio de un procedimiento migratorio, la detención administrativa sea el último recurso a utilizar y en su lugar se puedan echar mano de otras medidas alternativas.

Resulta importante mencionar que en varios votos, la Sala Constitucional ha hecho mención al Principio Pro-Homine. Así por ejemplo, en el voto N° 3550-92 del 24 de noviembre de 1992 dictó lo siguiente:

“El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio de pro libértate, el cual, junto con el principio pro-homine, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos: según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano”.

Debe entenderse que la aplicación de este principio no pretende cercenar en ningún modo, las facultades que poseen las autoridades migratorias en el ejercicio del control migratorio, es decir, no pretende impedir que la detención se lleve a cabo cuando corresponda; sin embargo, establece la necesidad de que ante determinada situación se aplique la norma que más favorezca a una persona; lo anterior, con el fin de que el ejercicio del poder estatal limite en el menor grado posible, los Derechos Humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

f. Legislación comparada en relación con la medida de aprehensión o detención por razones de control migratorio

La legislación citada en este apartado tiene como propósito dar a conocer la manera en que otros Estados, tanto a nivel regional como extra-regional, regulan la posibilidad de aprehender o detener a una persona en razón de su condición

migratoria irregular y con el fin de iniciar el procedimiento administrativo que permita ponerla fuera de sus Estados (deportación o expulsión).

- *Guatemala*

La Ley de Migración de Guatemala, Decreto N° 95-98 del 26 de noviembre de 1998, establece que la Dirección General de Migración en el momento en el que sorprende a una persona ingresando o permaneciendo en el país en condición irregular, debe iniciar una investigación que le permita establecer su verdadera identidad, origen y nacionalidad (artículo 110).

En ese sentido, se señala que para realizar esa investigación las autoridades migratorias tienen la potestad de *“albergar a los extranjeros que carezcan de los documentos de viaje requeridos por la ley en centros destinados especialmente para este fin, los que deberán reunir condiciones que permitan una permanencia con apego y respeto a la dignidad humana. En caso necesario, la Dirección General de Migración podrá requerir el apoyo de instituciones y organizaciones de servicio social no lucrativas que trabajen en la atención de migrantes en tránsito en el territorio nacional”* (artículo 111). Este mismo artículo establece que la Dirección de Migración puede crear o autorizar los albergues que sean necesarios para lograr este fin y que su seguridad y funcionamiento debe estar regulado en el Reglamento correspondiente.

Al respecto, resulta importante señalar que esta normativa no hace referencia explícita a los plazos máximos en los que una persona extranjera podrá permanecer en los albergues creados para esos efectos, a la espera de que se resuelva su situación migratoria.

- *Honduras*

La Ley de Migración y Extranjería de Honduras, Decreto N° 208-2003 emitida el 3 de marzo del 2004, establece que la Dirección General de Migración y Extranjería tiene competencia para *“Custodiar temporalmente en centros especiales de atención, a los extranjeros mientras se decide su situación migratoria o mientras son deportados o expulsados del país”* (Art.8 inciso 16). No obstante, en esta normativa no se señalan los plazos máximos en los cuales es permitido a la Dirección de Migración llevar a cabo esa custodia de personas extranjeras, sino que únicamente se establece la posibilidad de hacerlo durante el tiempo en que se decide su situación migratoria o son deportadas o expulsadas del país.

- *México*

La Ley General de Población de México, D.O.F. 7 de enero de 1974, establece que la Secretaría de Gobernación debe establecer las *“estaciones migratorias”* que resulten necesarias para *alojar en las mismas, como medidas de aseguramiento, a los extranjeros cuya internación se haya autorizado en forma provisional, así como a aquellos que deben ser expulsados”* (artículo 71). En igual sentido, se establece en el artículo 152 la posibilidad de imponer una medida de *“aseguramiento”* en los procesos de expulsión.

En relación con lo anterior, resulta importante señalar que el Reglamento a la Ley General de Población emitido el 14 de abril del 2000, también hace referencia al *“alojamiento de extranjeros en estaciones migratorias”* o en *“locales de detención preventiva”* que se hallan habilitado para esos efectos, con el propósito de verificar su condición en el país o para la ejecución de la expulsión (artículo 94). Por su parte, el artículo 208 establece que entre las disposiciones administrativas que regirán los lugares en cuestión, se deben tomar en cuenta, por lo menos, los siguientes aspectos: *“I. Objeto del aseguramiento; II. Duración máxima de la*

estancia de los extranjeros o extranjeras asegurados, y III. Respeto a los derechos humanos de los asegurados”.

Para el caso de México es por la vía del Reglamento a la Ley General de Población que se establece la necesidad de definir la duración máxima de la permanencia de personas extrajeras en los lugares habilitados para estos efectos; sin embargo, este límite a su libertad de tránsito queda bajo la decisión de la autoridad que ordene su “aseguramiento”.

- *Nicaragua*

La Ley de Extranjería N° 154 emitida el día 2 de Junio de 1993, señala que la Dirección de Migración y Extranjería puede disponer el *“internamiento de extranjeros en los lugares designados al efecto, a fin de asegurar la ejecución del rechazo, deportación o expulsión ordenada”*. Específicamente, el artículo 65 señala que el internamiento estará *“limitado al tiempo necesario para dar cumplimiento a las medidas mencionadas”*, sin que se haga referencia explícita a este límite.

En relación con esta medida de internamiento, en el artículo 66 se establece la obligación de comunicar al Ministerio de Relaciones Exteriores la imposición de esta medida; lo anterior, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la resolución que la ordene. Finalmente, se establece que los gastos relacionados con el “internamiento” y el traslado de la persona extranjera fuera del territorio nicaragüense, deberán correr por su cuenta (artículo 67).

De conformidad con lo anterior, la normativa nicaragüense en materia migratoria tampoco define plazos máximos de detención, sino que, en forma muy similar a la

nuestra, señala que esta medida puede ser impuesta por *“el tiempo necesario para lograr su rechazo, deportación o expulsión”*.

- *Panamá*

El Decreto Ley N° 16 sobre Migración, emitido el día 30 de junio de 1960, establece que toda persona que sea encontrada sin documentos que acrediten su ingreso, residencia o permanencia en el país, deberá ser puesta a las órdenes del Director del Departamento de Migración del Ministerio de Gobierno y Justicia. Este funcionario deberá notificar a la persona su obligación de regularizar su permanencia en el país o salir de él por sus propios medios, en un plazo que no podrá ser menor de tres días ni mayor de treinta (artículo 58).

Asimismo, se establece que los funcionarios de Migración tienen la facultad de *“aprehender a cualquier extranjero que, en su presencia o a su vista, pretenda ingresar al territorio de la República violando los preceptos del presente Decreto Ley o que fuere sorprendido en el territorio nacional sin documentos que acrediten su entrada legal, residencia o permanencia en el país”*. Se indica que esta persona debe ser puesta a las órdenes del Director del Departamento de Migración del Ministerio de Gobierno y Justicia dentro de las veinticuatro horas siguientes (artículo 60).

A pesar de que esta legislación establece algunos plazos relacionados con la obligación de abandonar el país y de poner a una persona aprehendida a las órdenes de la instancia correspondiente en el Ministerio de Gobernación y Justicia, no se establece plazos máximos para la detención de esta persona hasta que sea definida su situación migratoria.

- *Directiva relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, emitida por la Unión Europea (Directiva de Retorno).*

El 18 de junio del 2008, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron una disposición relacionada con normas y procedimientos para aplicar a las personas que no sean nacionales de los Estados que integran la Unión Europea y que no cuentan con la documentación y autorizaciones necesarias para permanecer en alguno de estos países, en los procesos de retorno que se inicien en ese sentido. Esta disposición fue publicada el 16 de diciembre del 2008 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

En su artículo 3, esta Directiva define el procedimiento de retorno de la siguiente forma: *“proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a: su país de origen, o un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido”*. En el artículo 5 se señala que la aplicación de esta Directiva debe tomar en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate y el principio de no devolución.

Bajo el título “Salida Voluntaria”, el artículo 7 establece un plazo que puede oscilar entre los siete y los treinta días, para que la persona extranjera salga voluntaria del Estado en que se encuentra. Este plazo puede ser ampliado, atendiendo a las particularidades de cada caso. Ese sentido, la medida de la expulsión será aplicada cuando la persona no haya salido durante el plazo otorgado.

El artículo 16 refiere a la medida de internamiento para efectos de preparar el retorno de una persona o llevar el cabo el proceso de expulsión, principalmente cuando haya riesgo de fuga o la persona nacional de un tercer país evite o dificulte la preparación de los procedimientos mencionados. Según lo que establece el artículo en cuestión, el internamiento debe ser ordenado por una autoridad administrativa o judicial. Se indica que cuando es ordenado por una autoridad administrativa, los Estados deben establecer un control judicial rápido o conceder a la persona el derecho a incoar un procedimiento para que se someta a control judicial la legalidad de su internamiento. Es decir, como parte de las regulaciones plasmadas en esa Directiva, no se establece una obligación de que los Estados pongan a la orden de juez los procesos de internamiento con el fin de garantizar su legalidad. Se establece que ambas opciones deben llevarse a cabo “lo más rápidamente posible”.

Finalmente, se establece que cada Estado deberá fijar el período máximo de internamiento que no podrá superar los seis meses; sin embargo, se indica que este plazo puede ser ampliado hasta por doce meses más cuando, *“pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a la falta de cooperación del nacional de un tercer país o demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria”*.

Al respecto, se estima importante traer a colación lo comentado por Amnistía Internacional: *“Esta directiva podría dar lugar a un mayor uso de la detención prolongada en los Estados miembros de la UE, en muchos de los cuales, como Irlanda y España la duración máxima del período de detención es actualmente mucho más corta. Tras la aprobación de la directiva, el gobierno neerlandés anunció que iba a fijar en 18 meses el límite de la detención, mientras que Italia propuso aumentar el suyo de 60 días a 18 meses. Anteriormente, sólo dos*

Estados, Malta y Alemania, permitían un máximo de 18 meses de detención. Letonia continúa permitiendo un límite de 20 meses” (Amnistía Internacional, Diciembre 2008).

Por otro lado, en relación con esta “Directiva de Retorno”, con ocasión de la celebración de su XXXVIII Reunión en Montego Bay, Jamaica, el día 20 de junio del 2009, el Consejo Centroamericano de Procuradores y Defensores de Derechos Humanos, estimó necesario manifestar su preocupación por las regulaciones contenidas en ésta. Así, mediante resolución emitida el 20 de junio del 2008, exhortó a los *“Estados de la Unión Europea a realizar la revisión y erradicación de leyes y políticas migratorias que resulten incompatibles con los derechos humanos y promover políticas públicas para garantizar los derechos de los migrante y sus familias en la región”.*

CAPÍTULO 4

GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO DE UNA PERSONA QUE SE ENCUENTRA BAJO DETENCIÓN ADMINISTRATIVA POR RAZONES DE CONTROL MIGRATORIO

En la OC-16 del 1º de octubre del 2006 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante una consulta planteada por el Estado mexicano en relación con “el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, dicha instancia estipuló que para que exista, “debido proceso legal” es preciso que una persona pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal respecto de otras personas. En ese sentido, es opinión de esta Corte que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, de ahí que resulta indispensable que se garantice a todas las personas el ejercicio efectivo de este derecho.

En iguales términos, en la Opinión Consultiva OC-18 la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que *“tal y como ya ha señalado este Tribunal, el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. (...) El derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio”*.

Por otro lado, en relación con el derecho al debido proceso resulta necesario señalar que, en el año 2001, las organizaciones de la sociedad civil que integran la Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones (RRCOM), presentaron a los Gobiernos que integran la Conferencia Regional para las Migraciones (CRM), un documento denominado “Lineamientos Regionales para la protección de los Derechos Humanos de los y las migrantes en situaciones de verificación del estatus migratorio, detención, deportación y recepción”, en el que

se establecieron pautas importantes a considerar en relación con las garantías del debido proceso que deben asegurarse a toda persona extranjera sometida a control migratorio, independientemente de su nacionalidad o condición migratoria:

“Todas las personas migrantes tienen derecho a que la decisión en torno a su status migratorio se tome y ejecute con pleno respeto y garantía del derecho al debido proceso. Los siguientes elementos configuran el derecho al debido proceso: juez o autoridad administrativa responsable e imparcial, derecho a la defensa, derecho a la información, traducción e interpretación de los procedimientos en una lengua que entienda el migrante, derecho a la representación legal, derecho a la revisión judicial y acceso a las autoridades consulares” (Lineamiento 5).

Según la legislación vigente a nivel nacional, el procedimiento de deportación debe realizarse de manera sumaria y está condicionado a la realización de las siguientes etapas procesales:

- Verificación de la condición migratoria de una persona, mediante los medios que resulten necesarios, como por ejemplo, trasladando a la persona a oficinas centrales de Migración o citándola para que se presente en dicho lugar (artículo 205).
- Indicación de los hechos y cargos que se imputan y el objeto del procedimiento iniciado; así como una audiencia oral a la persona extranjera para que ejerza su derecho de defensa (artículo 206). Como parte de esa audiencia, se toma la declaración a la persona detenida en relación con la forma en la que ingresó al país y la fecha.

- Emisión de la resolución de deportación que corresponda, la cual deberá notificarse a la persona interesada (artículo 207).

Como parte de este procedimiento, la toma de la declaración se limita a la obtención de información o datos básicos relacionados con la identidad de la persona detenida y la forma en la que ingresó, sin que se haya contemplado en esta etapa del procedimiento la realización de un diagnóstico para verificar si ésta estaría expuesta a un grave riesgo con la ejecución de la deportación. Incluso, en muchos casos, esta declaración se realiza sin que la persona tenga acceso a un intérprete calificado y de confianza que le permita hacer referencia a su situación en un lenguaje que comprenda (ya sea porque no habla la misma lengua de las autoridades migratorias o porque se comunica mediante un lenguaje de señas).

Un aspecto importante a tomar en consideración y que también ubica a las personas que enfrentan un proceso de deportación en una situación de indefensión, es el hecho de que a pesar de que el artículo 179 de la Ley de Migración regula en 4 incisos los diferentes supuestos que pueden dar origen a una deportación; el artículo 219 referente a las resoluciones de la Dirección de Migración que pueden ser impugnadas mediante los recursos de revocatoria con apelación en subsidio, únicamente, establece que es posible impugnar las resoluciones de deportación que se fundamenten en el inciso c del artículo 179, es decir, cuando la persona permanezca en el país una vez vencido el plazo autorizado.

Resulta obvio, entonces, que como parte de este procedimiento no se establecen verdaderas garantías que permitan a la persona en cuestión ejercer su derecho de defensa mediante los recursos administrativos y judiciales que resulten necesarios. Razón por la cual no es posible aceptar como válida la realización de un procedimiento administrativo que no permita a las personas involucradas,

explicar los motivos que las llevaron a abandonar sus países de origen, las situaciones de peligro en que podrían encontrarse si regresan a éstos, los medios reales que utilizaron para ingresar al país, entre otros, es decir, sin que le permitan “defenderse” frente al poder sancionatorio de la instancia correspondiente.

En relación con el Derecho de Defensa o Derecho al Debido Proceso, la Sala Constitución ha sido clara al afirmar la necesidad de que éste sea reconocido en cualquier procedimiento que se realice, ya sea de naturaleza judicial o administrativa. Así por ejemplo, en el voto N° 15-90 del 5 de enero de 1990, señaló los supuestos o etapas procesales que deben garantizarse como parte de ese derecho:

- a- Notificación al interesado de carácter y fines del procedimiento,*
- b- Derecho de ser oído u oportunidad del interesado para presentar argumentos y producir prueba que entienda pertinente,*
- c- Oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos vinculados con la cuestión de que se trate,*
- d- Derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas,*
- e- Notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y los motivos en que ella se funde,*
- f- Derecho del interesado de recurrir la decisión dictada”.*

Al respecto, se estima importante traer a colación las consideraciones plasmadas por el Profesor José Manuel Arroyo Gutiérrez, en su libro “El Sistema Penal ante el dilema de sus alternativas”: *“Por ello no es posible imponer una sanción o suprimir un derecho previamente concedido al privado de libertad, sin concederle al afectado su derecho a audiencia y defensa. El privado de libertad debe ser*

debidamente notificado, tiene que ser impuesto de todos los cargos que se le hacen y contar con espacio donde se le oiga para rebatir los mismos y ofrecer prueba, cuando lo considere oportuno. Dicho de otro modo, para el Tribunal Constitucional, el principio de defensa (artículo 39 de la Carta Magna) solo se protege en la medida en que, dentro de un proceso administrativo-disciplinario, se demuestre debidamente la culpabilidad del sancionado". (ARROYO, 1995).

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, para efectos de este trabajo se estima importante hacer referencia a las garantías que el Estado debe brindar a las personas y que forman parte del Derecho al Debido Proceso, listado que no pretende ser taxativo:

a. Derecho a la información: en un lenguaje que resulte comprensible según las características y especificidades de las personas extranjeras detenidas (migrantes y solicitantes de la condición de refugiado).

El Derecho a la Información ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 7 inciso 4); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (artículos 16 inciso 5 y 18 inciso 3, punto a); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 inciso 3) y el Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (artículos 10 y 14), entre otros.

En un primer momento, las personas migrantes tienen derecho a recibir información relacionada con la autoridad que las interceptó, información sobre el centro o lugar de detención al cual serán llevadas, así como en relación con el

proceso migratorio que se inicia en su contra –incluidas todas las etapas procesales necesarias para su desarrollo y finalización.

Al respecto, resulta importante señalar que la información relacionada con ese procedimiento, no se agota con aquella que debe brindarse a la persona migrante o solicitante de la condición de refugiado a su llegada o traslado al centro o lugar de detención, sino que comprende aquella relacionada con cada una de las gestiones que se realicen y el estado actual de éstas. Por otro lado, una vez que ha ingresado al centro de detención, las autoridades migratorias deben brindar información sobre sus derechos y obligaciones durante su permanencia ahí, así como las instancias a las que puede acudir en caso de tener alguna duda o presentar algún problema o ser víctimas de un abuso de autoridad o cualquier otro hecho delictivo.

Este derecho también comprende la posibilidad de que una vez que la persona ha rendido su declaración ante las autoridades migratorias y que la o el funcionario correspondiente ha consignado esta información en el documento respectivo, éstos últimos lean a la persona detenida el contenido de esa declaración de forma tal que se puedan corregir aquellos datos que se hayan registrado en forma errónea, antes de que deba firmarla.

Por otro lado, la garantía de acceso a este derecho también se encuentra vinculada con el derecho a un intérprete calificado que facilite la comprensión de la información relacionada con el proceso migratorio iniciado, así como aquella que deba proporcionar la persona detenida. Pensar en un procedimiento administrativo en el que las partes involucradas (Dirección de Migración y persona extranjera) no tengan un mismo idioma o lenguaje y en el que no exista un mecanismo que permita la comprensión entre éstas, resulta a todas luces ilógico, en virtud de que no existiría posibilidad alguna de lograr una transmisión efectiva

de la información relacionada con dicho procedimiento y estaría colocando a esta persona en una situación de indefensión total.

Igualmente, deriva de este derecho, aquel relacionado con la obligatoriedad de notificar a la persona involucrada, de los diferentes actos que se realicen dentro del procedimiento, principalmente de aquellas resoluciones que definan su situación migratoria en el país.

b. Derecho de defensa. Con respecto a esta garantía constitucional establecida en el artículo 39 de la Constitución Política, la Sala Constitucional ha señalado lo siguiente: “el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la Administración Pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que *ejercite su defensa*” (Voto N° 1990-00015).

Ahora bien, no debe entenderse que este derecho no puede ser ejercido si la persona involucrada no cuenta con un representante legal que lo asesore. El derecho de defensa va más allá de la existencia de un profesional que represente a la persona detenida en el proceso iniciado en su contra, ya que implica la obligación de que las autoridades y funcionarios/as respectivas brinden a esta persona el espacio o etapa procesal necesaria para que pueda exponer su posición y defender sus intereses frente al poder público que lo somete a su control.

c. Derecho a asesoría jurídica. El acceso a este derecho no necesariamente implica el otorgamiento de defensores públicos, como en el caso del Derecho Penal; sino más, la obligación que compete a las autoridades encargadas de la

detención de las personas extranjeras en condición migratoria irregular, de brindar la asesoría necesaria para que éstas no solo entiendan de que se trata el proceso migratorio que enfrentan, sino también cuáles son los recursos administrativos y judiciales de que disponen para hacer efectivo su derecho de defensa.

Especial consideración merece la detención administrativa de personas menores de edad no acompañadas, en donde la asesoría que pueda brindarse resulta de trascendental importancia para garantizar su acceso a una justicia pronta y cumplida. Tal y como lo señala el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al respecto, es de suma importancia que las autoridades migratorias permitan el acceso de organizaciones de la sociedad civil que puedan brindar asesoría jurídica a las personas migrantes y solicitantes de la condición de refugiado, de manera tal que se refuerce este derecho con la participación de instancias que estén interesadas en brindar un acompañamiento legal a estas personas, incluso por ser esto parte del mandato por el que fueron creadas.

d. Derecho a la comunicación privada con su representante legal. El artículo 18.1 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, establece que todas las personas detenidas tendrán derecho a comunicarse con su abogado y a consultarle sobre las diferentes etapas del procedimiento iniciado en su contra. En ese sentido, las autoridades migratorias están en la obligación de propiciar las condiciones necesarias para que esta comunicación sea efectiva, garantizándose su privacidad. Este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de defensa y el derecho de asesoría jurídica, siendo que su protección y reconocimiento, en algunos casos, resulta complementaria.

e. Derecho a la asistencia consular. De conformidad con lo establecido por el artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el artículo 16.7 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y el artículo 16.2 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, entre otros instrumentos de carácter internacional, las personas detenidas deberán recibir de las autoridades migratorias información sobre su derecho a contactar al Consulado de su país de origen, así como los medios que faciliten esta comunicación. Este derecho implica la comunicación oportuna con el Consulado correspondiente, es decir, desde el inicio del procedimiento y no cuando éste ya ha iniciado y ha avanzado, ya que el contacto tardío podría provocar una prolongación injustificada de la detención.

No obstante, en algunos casos las personas detenidas no son informadas de su derecho a la asistencia consular, y en otros casos, a pesar de tener conocimiento de la existencia de este derecho, no tienen acceso efectivo a éste por no contar con los números de teléfonos de los Consulados correspondientes o por carecer de recursos económicos para comprar las tarjetas de teléfono.

En el caso de las personas solicitantes de la condición de refugiado, por razones de seguridad obvias, la comunicación con el Consulado no debe realizarse de oficio por parte de las autoridades migratorias, ya que esto podría poner en riesgo a la persona que se encuentra huyendo de su país de origen.

Por otro lado, resulta importante insistir en que un elemento esencial del derecho al debido proceso en relación con la privación de libertad de una persona, independientemente de la naturaleza del proceso iniciado en su contra, lo constituye sin lugar a dudas el derecho a un recurso judicial efectivo que permita impugnar la decisión que ordenó la limitación a su derecho a la libertad personal.

No obstante, a pesar de que pareciera no admitir excepciones, tal y como se demostrará más adelante, este derecho no se encuentra reconocido cuando se trata de de la detención de una persona por razones de control migratorio.

Para finalizar este apartado, se estima importante traer a colación los principios emitidos por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, que señalan las garantías que los Estados deberán contemplar cuando se realice la detención administrativa de una persona sometida a control migratorio:

“Para valorar si una medida de retención es arbitraria o no, el Grupo de Trabajo toma en consideración si el extranjero puede disfrutar de todas o de algunas de las garantías siguientes:

I. Garantías relativas a las personas retenidas.

Principio 1: Todo solicitante de asilo o inmigrante será informado, al ser interpelado en la frontera -o en territorio nacional en caso de entrada irregular- verbalmente por lo menos y en un idioma que comprenda, de la naturaleza y los motivos de la decisión de negarle la entrada o permanencia a la que se enfrenta.

Principio 2: Todo solicitante de asilo o inmigrante tendrá la posibilidad durante su retención de comunicarse con el exterior, en particular por teléfono, fax o correo electrónico, y de ponerse en contacto con un abogado, un representante consular o sus familiares.

Principio 3: Todo solicitante de asilo o inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad.

Principio 4: Mientras esté retenido, todo solicitante de asilo o inmigrante firmará un registro oficial o que presente garantías equivalentes, en que quedará constancia de su identidad, los motivos de la medida de retención y la autoridad competente que adoptó tal decisión, así como la fecha y hora de admisión y salida.

Principio 5: Al ser admitido en un centro de retención, todo solicitante de asilo o inmigrante será informado del reglamento interno y, si procede, del régimen disciplinario aplicable y la posibilidad de que se aplique un mecanismo de confidencialidad, además de las garantías que suponga esta medida.

II. Garantías relativas a la detención.

Principio 6: La decisión debe partir de una autoridad competente a esos efectos que tenga un grado de responsabilidad suficiente; se basará en criterios de legalidad establecidos por ley.

Principio 7: La ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva.

Principio 8: La medida de retención será notificada por escrito en un idioma comprensible para el solicitante, con detalle de los motivos; se precisarán las condiciones en las que el solicitante de asilo o el inmigrante podrá presentar recurso ante un juez, el cual fallará cuanto antes respecto de la legalidad de la medida y, llegado el caso, ordenará la puesta en libertad del interesado.

Principio 9: Se procederá a la retención en una institución pública especialmente destinada a estos fines; cuando, por razones prácticas, no ocurra así, el solicitante de asilo o el inmigrante será internado en un lugar que no esté destinado a presos por delitos penales.

Principio 10: Se autorizará el acceso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y, si procede, las organizaciones no gubernamentales competentes a los locales de retención” (Deliberación N° 5, E/CN.4/2000/4, Anexo II, 2000).

CAPÍTULO 5
GARANTÍA DE CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS DETENCIONES
ADMINISTRATIVAS. NECESIDAD DE UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO.

a. Consideraciones Preliminares

El derecho a tener acceso a una justicia pronta y cumplida es un derecho que por su relevancia y necesaria protección, ha sido desarrollado en distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Así por ejemplo el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconoce el derecho al debido proceso y la necesidad de revisión judicial, como parámetro de validez de las actuaciones que restrinjan la libertad de una persona. Específicamente los incisos 5 y 6 establecen lo siguiente:

“5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales (...).” (El resaltado no corresponde al original)

El artículo 8 de esta Convención enumera las garantías procesales que deben asegurarse a toda persona que haya sido privada de su libertad:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y

obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (El resaltado no corresponde al original).

Asimismo, el artículo 25 señala que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana hacen parte del marco normativo relativo a las garantías judiciales y protección judicial de los Derechos Humanos. Estos dos artículos se aplican a toda situación en que se deba determinar el contenido y alcance de los derechos de una persona sometida a la jurisdicción de un Estado, ya sea que se trate de procedimientos de naturaleza penal, administrativa, fiscal, laboral, de familia, contractual o de cualquier otra índole. Por lo tanto estas normas constituyen un piso mínimo de debido proceso al que tienen derecho todos los inmigrantes cualquiera que sea su situación. (Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, 2001).

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce en su artículo 9.4 que *“toda persona que sea privada de su libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”*.

Asimismo, en el Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, se reitera que toda forma de detención o prisión deberá ser ordenada por un juez u otra autoridad. Además

que nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad, y que la persona detenida tendrá derecho a interponer un recurso judicial que le permita impugnar la legalidad de la detención (Principios 4, 9 y 11.1).

Igualmente, existen otros instrumentos internacionales que hacen referencia al derecho a un recurso judicial efectivo, que si bien es cierto pareciera que se aplican a las personas que se encuentran en éstas circunstancias, lo cierto es que establecen principios generales que son importantes rescatar en el tanto reconocen el derecho humano a la revisión judicial de toda decisión que implique la privación de libertad de una persona extranjera.

Como ejemplo de lo anterior, podrían citarse el artículo 16 de la Convención para la protección de los derechos de todos los Trabajadores migratorios y sus familiares y la Directriz N° 5 del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, que en detalle establecen lo siguiente:

- Artículo 16 de la Convención relacionada con los derechos de los trabajadores migrantes: *“Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad por detención o prisión tendrán derecho a incoar procedimientos ante un tribunal, a fin de que éste pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal. En el ejercicio de este recurso, recibirán la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado.*

- Directriz N° 5: *“De ser detenidos, los solicitantes de asilo deberían tener derecho a las siguientes garantías procesales mínimas: [...] (iii) a que la*

decisión sea sujeta a revisión automática ante una instancia judicial o administrativa que sea independiente de las autoridades que efectúan la detención. A esto deberían seguir revisiones periódicas sobre la necesidad de la continuidad de la detención, a las cuales el solicitante de asilo o su representante tendrían derecho a asistir”.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 41 de la Constitución Política señala que todas las personas, sin distinción alguna, encontrarán reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. A pesar de que dicho artículo no establece expresamente un derecho constitucional a un plazo determinado para dicha reparación, señala que *"debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, nuestra Carta Magna no constitucionalizó el derecho a un plazo determinado en la solución de los conflictos de las personas, sino el derecho fundamental de toda persona a que su causa sea conocida por una autoridad judicial, sin que sea válido establecer limitaciones basadas en la condición social o económica, la nacionalidad, el género, la edad, discapacidad, entre otros, que impidan a estas personas recibir del Estado un servicio integral, célere e idóneo para resolver la situación en la que se encuentran.

El acceso a la justicia, como derecho fundamental, es inherente a todo ser humano por su propia condición de persona y forma parte del conglomerado de servicios que el Estado debe brindar como parte del derecho humano a la seguridad humana.

Tratándose del derecho humano a la libertad personal, resulta inaceptable que una instancia de carácter administrativo, Policía de Migración y, en general, la

Dirección de Migración, tenga la potestad de privar de la libertad de circulación a una persona extranjera que no cumpla con las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia en el país, sin que exista un recurso judicial efectivo que permita revisar esta actuación y su armonía con los Principios de Igualdad y No Discriminación, Razonabilidad, Proporcionalidad y Objetividad desarrollados anteriormente.

En ese sentido, vale la pena señalar que esta detención debe ser considerada el último recurso a utilizar por parte de las autoridades migratorias, en el tanto constituye una de las medidas más gravosas que podrían imponerse, cual es la privación de libertad. No obstante, una vez que se ha decidido su aplicación, debe estar expuesta al lente de la lupa de la legalidad y constitucionalidad, es decir, al escrutinio judicial correspondiente, de lo contrario, el Estado costarricense está violentando los Derechos Humanos de un sector de la población sobre la cual se ejerce una medida punitiva-represiva (privación de libertad), a pesar de no haberse cometido ningún delito.

Es aquí donde el Estado costarricense rompe, sobrepasa o viola los límites establecidos a ese poder supuestamente soberano de regular y controlar los flujos migratorios en el país. Así las cosas, no solo se cuestiona la potestad que poseen las autoridades migratorias para ordenar la detención de una persona en condición migratoria irregular por infracción a una norma de carácter administrativo; sino, también, su aplicación irrestricta por encima de otras posibilidades de control, la posibilidad de hacerlo sin que exista una resolución que ordene esa detención, plazos máximos para esta privación de libertad, garantías del debido proceso durante ésta y, principalmente, **UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO QUE CONTROLE EL PODER REPRESIVO DEL ESTADO Y LO SOMETA A UNA REVISIÓN EXHAUSTIVA PARA DETERMINAR SU LEGALIDAD.**

En el Informe presentado por la Relatoría Especial de los Trabajadores Migratorios, se señaló la preocupación por cuanto en un número considerable de países, las medidas encaminadas a acabar con las migraciones irregulares socavan los derechos básicos de los migrantes incluidos el derecho a buscar asilo y las garantías mínimas contra la privación arbitraria de libertad.

En este informe se consignó que *“existe una tendencia a dotar a los funcionarios de inmigración con amplios poderes para detener a grupos de inmigrantes en condiciones e instalaciones que restringen gravemente su derecho a un examen judicial o administrativo de la legitimidad de la detención y al examen de la solicitud de asilo. Los fundamentos jurídicos de la detención administrativa de los migrantes son con frecuencia demasiado amplios y discrecionales y no siempre se fijan legalmente o se respetan los plazos. A menudo a ello se suma la ausencia de mecanismos automáticos del examen judicial o administrativo y la falta de otras garantías procesales, tales como el acceso a intérpretes y abogados, así como las restricciones al derecho a ser informado de los motivos de la detención y los mecanismos de apelación y al derecho a ser informado a los representantes consulares o de las embajadas de sus países. Todos estos elementos ponen a la detención administrativa al abrigo de todo control, dan poderes discrecionales a las autoridades de inmigración y propician situaciones de discriminación y agresión”* (Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios, 2002).

En relación con el tema en discusión, a pesar de no haber sido el voto de mayoría, resulta necesario transcribir los argumentos expuestos por el Magistrado Piza Escalante en el voto N° 00012-89 de fecha 6 de octubre de 1989, considerando que éste se constituyó en un antecedente fundamental para la lucha por el reconocimiento de la garantía de revisión judicial de las detenciones administrativas por razones de control migratorio:

“Sin que sea procedente en esta vía considerar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley de Migración y Extranjería, ésta otorga (...) potestades más o menos discrecionales para calificar la conducta o la situación de los extranjeros residentes en el país, (...) para detenerlos administrativamente en la medida indispensable para ejecutar su deportación o expulsión; pero estas potestades, puramente legales, por muy discrecionales que sean, ni pueden ejercerse con desconocimiento de los derechos generales de igualdad y de no discriminación que, según queda dicho, la Constitución y el derecho internacional reconocen a los extranjeros, ni pueden ser irrestrictas o no justificables, porque esto equivaldría a sustituir llanamente el derecho por la arbitrariedad: la discrecionalidad es solo un ámbito de libertad que permite dos o más soluciones igualmente válidas, pero esto siempre dentro de límites irrebasables impuestos por el bloque de la legalidad, especialmente el de la constitucionalidad, y por un mínimo de razonabilidad, de justicia y de conveniencia, y todo ello sujeto a la fiscalización judicial, tal como resulta de principios generales, hoy recogidos en Costa Rica (...).

Lo que se afirma es que no es constitucional ni moralmente legítimo someter a ninguna persona -inocente o culpable, nacional o extranjera- a desigualdades o discriminaciones injustificadas, o a sanciones o medidas gravemente perjudiciales, como (...) su detención arbitraria o innecesaria, sin que se le reconozcan y respeten derechos y libertades fundamentales que le corresponden por su sola condición de ser humano, así pudiera serle imputada una conducta más o menos repugnante (...). En lo que se refiere al objeto específico del presente recurso, que es la detención del señor K a la orden de autoridades administrativas durante un período que ya casi alcanza a los dos meses (...) considero evidente que, como derechos o libertades universales, son aplicables por igual a nacionales y extranjeros las garantías consagradas en el artículo 37 de la Constitución.

Esta norma obliga a deducir que nadie, quiere decir "nadie", puede ser detenido administrativamente, aun de modo legítimo, sin "ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas". Si la ley no contempla esa posibilidad, por atribuir la totalidad de la competencia en materia de deportación o de expulsión de extranjeros a órganos de la administración, esto implica sencillamente que no existe en nuestro ordenamiento ninguna posibilidad de privarlos de su libertad, preventivamente, ni como el "medio físico para hacer efectiva su deportación o expulsión", según una teoría lamentable acuñada en los últimos tiempos. Por lo demás, tampoco puede acogerse la pretensión, aceptada por alguna desafortunada jurisprudencia, de volver permisible la detención administrativa de extranjeros por un "plazo razonable" -se supone de dos a tres meses- que, no solo sería de todos modos irrazonable, solo fuera por excesivo frente a los estándares de las naciones civilizadas, sino que carecería de ningún sustento en lo constitucional o en los instrumentos internacionales de derechos humanos".

De conformidad con lo anterior, de ninguna forma resulta aceptable que la legislación migratoria contemple la posibilidad de privar de libertad a una persona que no ha cometido un delito, sin que exista un plazo definido en virtud del cual es posible llevar a cabo esa detención y sin que exista la obligación de poner a esta persona a la orden de un juez que revise el fundamento de esta detención. Es decir, la discrecionalidad de las autoridades migratorias no puede ser el parámetro que defina el tiempo y los motivos por los cuales se priva de la libertad de circulación a una persona que no cumple con los requisitos impuestos para ingresar y permanecer en el país.

Los límites a los plazos de la detención administrativa, según la etapa del procedimiento de que se trate, resultan necesarios como parámetros a partir de los cuales es posible revisar la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la

medida provisional impuesta con el propósito de ejecutar el proceso de deportación, en los casos que corresponda. No obstante, la sola definición de estos plazos no es sinónimo de garantía de Derechos Humanos, en el tanto si son autorizadas o impuestas por las autoridades migratorias por plazos excesivamente extensos y sin la necesaria revisión judicial, su desproporcionalidad viene a convertirse en una circunstancia violatoria de esos derechos. Es decir, si la autoridad que decide sobre la continuidad de la detención es la misma instancia que la ordenó, no existe garantía de que esa decisión se adopte con independencia y objetividad, según los parámetros establecidos para garantizar el derecho humano a la libertad personal.

En relación con lo anterior, se estima necesario mencionar que en la recién aprobada Ley de Migración y Extranjería (Ley N° 8764) se incluyó la definición de los plazos máximos de detención administrativa, según la etapa del procedimiento iniciado por parte de las autoridades migratorias. Sin embargo, se mantiene la potestad discrecional de la Dirección de Migración de ampliar esos plazos de detención cuando lo considere necesario, sin que exista una instancia judicial que supervise esta decisión. La reforma legislativa, divide la detención administrativa en las siguientes etapas:

- Aprehensión cautelar por un máximo de 24 horas para efectos de verificar su condición migratoria. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y bajo resolución justificada y emitida por el Director General. Confirmada la infracción migratoria y descartándose otra medida menos gravosa, la Dirección General deberá dictar el procedimiento de deportación.

- Una vez resuelta la identificación de la persona extranjera por parte del consulado de su país de origen, la detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de treinta días naturales y en dicho término deberá ejecutarse

la deportación dictada. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y justificadas por parte de la Dirección General.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe quedar claro que la criminalización del fenómeno de la migración mediante la privación de libertad de una persona extranjera que incumplió la legislación de carácter administrativo que impone los requisitos para ingresar y permanecer en el país, coloca a estas personas en una situación de desventaja respecto de las garantías que sí se encuentran reconocidas en vía penal por la comisión de delitos. En ese sentido, por la infracción de una disposición administrativa, el Estado costarricense brinda una respuesta punitiva más gravosa que si se tratara de la comisión de un hecho delictivo, puesto que para la segunda sí existen recursos judiciales que permitan asegurar su revisión con el transcurso del tiempo. De ahí la importancia de que el Estado costarricense realice las reformas legislativas necesarias para garantizar un recurso judicial efectivo en relación con la privación de libertad que se produce como consecuencia del control migratorio.

b. La idoneidad o no del Recurso de Hábeas Corpus en la revisión de las detenciones administrativas por razones de control migratorio.

El artículo 48 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales.

El artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que este recurso permite garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos y omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades. Igualmente, contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio.

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales el recuso de hábeas corpus refiere al *“derecho de todo ciudadano, detenido o preso, a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal y si debe alzarse o mantenerse. El habeas corpus para ser eficaz, requiere un procedimiento sumario en juicio no contradictorio, puesto que la resolución judicial que se adopte respecto de la legalidad o ilegalidad de la detención y, consecuentemente, de la libertad o del mantenimiento de la privación de libertad, no prejuzga el fondo del asunto, discutible luego por la vía ordinaria”* (OSSORIO, 1999).

De conformidad con nuestra legislación vigente, el recuso de Hábeas Corpus tiene como propósito verificar si la privación de libertad de una persona es legítima, es decir, si fue emanada por la autoridad competente y en estricto apego a las disposiciones establecidas para tales efectos. Lo anterior, con el propósito de lograr el restablecimiento del derecho humano a la libertad de tránsito en los casos en los que se determine que no se cumplió con esos requisitos, garantizar la protección del derecho a la integridad personal y la eliminación de cualquier amenaza existente.

Está claro que por medio del Recurso de Habeas Corpus, la Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de revisar algunas detenciones administrativas que se realizan en el marco del control migratorio. Así en sus resoluciones ha señalado que éstas no han sido ilegítimas por no encontrarse en los supuestos contemplados por el artículo 37 de la Constitución Política y porque la Ley de Migración y Extranjería confiere esa potestad a las autoridades migratorias correspondientes.

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, no debe olvidarse que este recurso judicial está a disposición de la persona que desee utilizarlo y que por ende conozca de esta posibilidad, pero no supone la obligatoriedad de las autoridades respectivas de someter a una persona detenida y los motivos de esta detención, a la orden de un juez que revise dicha actuación.

Es decir, si una persona migrante en condición irregular detenida por la policía migratoria, no interpone este recurso, su detención nunca será analizada por una autoridad judicial que la revise de conformidad con los principios y garantías constitucionalmente establecidas.

En relación con lo anterior resulta de trascendental importancia traer a colación lo señalado por la CIDH en la Opinión Consultiva OC-18, al referirse a la necesidad de que el recurso judicial del que se disponga para la protección de los derechos humanos de una persona, no solo debe existir sino que debe ser el idóneo para garantizar esta protección:

“Al respecto, la Corte Interamericana señaló que (...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios” (PARRAFO 108).

En el Informe presentado por la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los trabajadores migratorios, se estableció lo siguiente:

“En algunos países, la revisión judicial de la detención administrativa es automática dentro de un plazo establecido; en otros casos, la revisión se inicia únicamente a petición del migrante. A veces sólo es posible la revisión administrativa de la decisión de ordenar la detención. Aún cuando la ley garantiza el derecho a la revisión judicial, éste puede verse afectado por otras circunstancias. En los casos en que el migrante debe tomar la iniciativa de solicitar esa revisión, el desconocimiento del derecho de apelar y la falta de acceso a asistencia jurídica gratuita pueden impedirle que ejerza ese derecho en la práctica”. (Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios, 2002).

A pesar de que nuestra Constitución Política contempla el recurso de habeas corpus como mecanismo para que una persona pueda impugnar el acto de detención y la situación de privación de libertad en la que se encuentra, tratándose de la detención administrativa por razones de control migratorio, este recurso no resulta idóneo para garantizar una revisión judicial que, analizando el fondo del caso, permita determinar si la continuidad de la detención es una medida legal, proporcional, razonable y objetiva.

c. Jurisdicción Contencioso Administrativa: vía jurisdiccional idónea para la revisión de la detención administrativa por razones de control migratorio

Tal y como se indicó anteriormente, en la Ley de Migración y Extranjería recientemente aprobada (Ley N° 8764), además de proponer plazos determinados para la privación de libertad de una persona extranjera sometida al control migratorio, señala que, una vez transcurridos éstos, únicamente podrán ser

ampliados en situaciones especiales y bajo resolución justificada y emitida por el Director General de Migración (Artículo 25).

En definitiva, el establecimiento de plazos máximos de detención, según se analizó anteriormente, se convierte en un avance importante en el establecimiento de garantías que permitan el respeto de los Derechos Humanos de la población que enfrenta un proceso migratorio. No obstante, no debe obviarse que en el tanto se conceda a la misma instancia que privó de libertad a esa persona, la potestad de ampliar esos plazos sin que exista un recurso judicial efectivo que revise los motivos de detención, el Estado costarricense continuaría violentando el derecho de una persona privada de libertad a ser puesta a las órdenes de un juez que decida sobre la legalidad de la continuidad de su detención.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la privación de libertad por razones de control migratorio es una medida que se impone por una infracción a una disposición legal de carácter administrativo y es ordenada por una autoridad administrativa, corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa la revisión de los fundamentos utilizados por las autoridades migratorias para mantener detenida a una persona extranjera bajo sus órdenes y los motivos en virtud de los cuales, a su criterio, no resulta viable la aplicación de otra medida menos gravosa en el tanto se ejecuta el proceso de deportación iniciado.

De conformidad con lo anterior, el artículo 49 de la Constitución Política establece *“la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La ley protegerá al menos los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”*.

En consonancia con éste, el artículo 1º del Código Procesal Contencioso Administrativo señala que esta jurisdicción tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.

“Este régimen de lo contencioso-administrativo comienza originándose como un control interno de la Administración sobre su propio aparato. No ya los tribunales, sino la propia Administración, mediante órganos especiales, será quien enjuicie el comportamiento de los administradores”. (GARCIA DE ENTERRIA, 1962).

En línea con lo anterior, no se pretende desconocer las potestades que posee la Dirección General de Migración en el ejercicio del control migratorio y las acciones que deriven de éste; no obstante, resulta indispensable reconocer que, en el tanto la detención administrativa produce una limitación a un Derecho Humano fundamental cual es la libertad personal, no resulta procedente que esta potestad pueda ser ejercida sin que exista una supervisión judicial de los motivos en los que se basa la autoridad migratoria para decidir sobre la detención de una persona.

Con el propósito de garantizar ese recurso judicial efectivo, se hace necesario que se incluya una reforma en la legislación migratoria que se pretende aprobar o bien reformar la legislación vigente, en la que se establezca la obligatoriedad de que la autoridad migratoria, en este caso concreto la Dirección General de Migración, presente el caso de la persona detenida ante el Juez de lo Contencioso Administrativo desde el momento en que se decide su detención, es decir, con posterioridad a que se ha verificado su condición migratoria y se ha tomado la decisión de iniciar un proceso de deportación.

Asimismo, debe establecerse la obligación de exponer ante esta jurisdicción los motivos en virtud de los cuales se considera necesario continuar con la detención de esta persona, para que sea esa instancia judicial la que, verificando las garantías del debido proceso y los principios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, resuelva sobre la legalidad de la actuación de la autoridad migratoria.

CAPÍTULO 6
CONDICIONES DE DETENCIÓN DE LAS PERSONAS SOMETIDAS AL
CONTROL MIGRATORIO

Es importante mencionar que la Ley de Migración y Extranjería que se encuentra vigente no regula ningún aspecto relacionado con los centros de detención, no establece cuáles son las autoridades responsables de su Administración ni las condiciones que deberán tener para garantizar un trato digno y respetuoso de los derechos humanos de las personas migrantes y solicitantes de refugio que deban permanecer ahí.

A pesar de que la recién aprobada Ley de Migración y Extranjería (Ley N° 8764) señala que *“en caso de detención administrativa, la persona extranjera tendrá derecho a permanecer durante el período de aprehensión en un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso, así como las especificidades de género, generacional o discapacidad”* (inciso c) art. 31); lo cierto del caso es que por vía de ley o reglamento no existe una regulación sobre su funcionamiento, derechos y deberes de la población que se encuentra en el lugar, atención de situaciones de emergencia, atención de grupos con necesidades especiales, entre otros (Defensoría de los Habitantes, 2008).

No es sino hasta en el año 2008 que, con el acompañamiento del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Organización Internacional para las Migraciones y la Defensoría de los Habitantes, que la Dirección General de Migración y Extranjería emitió un documento que regula el funcionamiento y procedimientos del Centro de Aprehensión para extranjeros en tránsito, ubicado en Hatillo, mediante la promulgación de un Manual que entró en vigencia en el mes de enero del 2009 (Circular N° UPI-046-2009-EV de fecha 4 de febrero del 2009, en la cual se informa a diferentes departamentos de la Dirección de Migración que el Manual en cuestión, entró en vigencia en enero y que es de acatamiento obligatorio).

En este Manual se incluyen procedimientos relacionados con el ingreso de las personas extranjeras a dicho lugar; gestiones para la verificación de su condición migratoria e inicio del procedimiento de deportación; salidas provisionales o definitivas; traslados a centros de salud cuando la situación lo amerite; atención de situaciones de emergencia; así como regulación relacionada con la alimentación, atención médica, visitas, entre otros aspectos.

No obstante, tratándose de una materia que regula aspectos relacionados con la restricción a la libertad de tránsito de personas migrantes y solicitantes de refugio, sus derechos y obligaciones, los deberes de los y las funcionarios que trabajan en el lugar y demás aspectos que obligarán a quienes lo visiten, además de requerir una mención expresa en la legislación vigente (Principio de Reserva de Ley), su regulación debe hacerse en un Reglamento y no por medio de una circular y un manual. Debe tenerse presente que en los artículos 120 y 121 de la Ley General de la Administración Pública se señalan que las circulares, son un tipo de acto administrativo interno de alcance general, debido a que son dictados por los órganos de dirección y están destinadas a una pluralidad indeterminada de funcionarios públicos de la organización. Razón por la cual no es procedente que por esta vía se regule una materia que requiere un sin número de garantías que deben estar contempladas en la legislación vigente, en el tanto refiere a la privación de la libertad de tránsito de una persona sometida al control migratorio.

A pesar de que no existe una definición única de las condiciones que deben tener los centros de detención o albergues para personas migrantes en condición migratoria irregular y los solicitantes de la condición de refugiado cuando sea procedente, lo que sí está claro es que éstos deben contar con la estructura física necesaria para alojar a las personas que sean sometidas a procesos de control migratorio (ya sea solas o en compañía de sus familias, incluidas personas menores de edad), en respeto a su derecho a la dignidad humana e integridad

personal. Debe tenerse presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5 relacionado con el Derecho a la Integridad Personal, que: *“5.1 Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 5.2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Desde este punto de vista, estos centros deben poseer por lo menos las siguientes secciones: área de alojamiento, área de alimentación, área de servicios médicos, servicios sanitarios con duchas, salas para entrevistas o visitas con condiciones de privacidad, área para practicar ejercicios físicos, biblioteca, salón para reuniones de grupos y áreas donde facilitar actividades recreativas, educativas y religiosas. (Sin Fronteras, I.A.P, 2007).

En términos generales, sobre las condiciones de detención de una persona privada de libertad, el Profesor José Manuel Arroyo Gutiérrez señaló que *“toda persona privada de libertad obtiene una serie de garantías y derechos derivados directamente de su especial sujeción a la Administración. Así la Sala Constitucional ha dicho: “Existen ciertas reglas mínimas que se deben cumplir en estos lugares (los centros penales o de detención), como el deber de alimentación, el derecho a comunicarse con sus familiares, su abogado, el acceso al agua, techo, cama y, por supuesto, el respeto de los derechos humanos fundamentales como lo son la vida y la salud. El interno pues, como persona que es, está bajo la responsabilidad del ente que lo custodia, por encontrarse privado de su libertad. (Voto N° 1889-91 del 25 de setiembre de 1991, Recurso de Amparo de S.K.S.T, contra la Primera Comisaría del Ministerio de Seguridad Pública)”*. (ARROYO, 1995).

Sin embargo, no en todos los países existen centros especializados en la atención de población migrante en condición irregular, muchos menos para la atención de personas víctimas del delito de trata de personas. Sino que las instalaciones que se utilizan para esos efectos, son espacios que fueron convertidos en centros de detención, es decir, adaptados para ese fin, por ejemplo, iglesias, comisarías, entre otros, lo cual no permite garantizar en su totalidad adecuados sistemas de ventilación, espacios al aire libre o habitaciones para mantener familias, personas menores de edad o en situaciones de vulnerabilidad (personas con problemas de salud, adultas mayores, o cualquier otra condición).

Los Lineamientos Regionales para la protección de los Derechos Humanos de las personas migrantes en momentos de detención, señalan que, en estas circunstancias, está prohibido el hacinamiento y que éstas deberán estar separadas por sexo en lo que a dormitorios se refiere, lo cual no implica que puedan existir espacios o zonas comunes en las que se desarrollen actividades conjuntas como alimentación, recreación y educación, entre otros. Resulta fundamental que las personas migrantes sometidas a detención por control migratorio permanezcan en lugares diferentes respecto de personas (migrantes o nacionales) detenidas por la comisión de un delito. (Lineamientos N° 42 y 43). Esta disposición se encuentra recogida en otros instrumentos como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Por otro lado, señalan que las personas con necesidades especiales tales como menores de edad, las personas adultas mayores, con discapacidad, o aquellas que se encuentren enfermas, embarazadas o en período de lactancia, deberán permanecer en espacios donde reciban el cuidado y la protección que requieran y no en centros de detención (Lineamiento 43). La necesidad de garantizar esta protección se encuentra igualmente recogida en instrumentos internacionales como: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Conjunto de

Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

El tema de las condiciones de detención de personas extranjeras en condición migratoria irregular o solicitantes de la condición de refugiado, ha sido un asunto que ya ha merecido la atención y tutela de la Sala Constitucional. Así por ejemplo, en cuanto a las condiciones en las que permanecían las personas que se encontraban en el antiguo Centro de Aprehensión para extranjeros en tránsito, ubicado en la Quinta Comisaría, en su voto N°2003-12930 del 5 de noviembre del 2003, estableció un precedente importante en relación con las diferentes circunstancias que pueden violentar los Derechos Humanos de las personas extranjeras detenidas por razones de control migratorio. Dicho voto señala en lo que interesa lo siguiente:

“La dignidad del ser humano impone a la autoridad estatal un trato acorde con esa condición, y así lo consigna nuestra Constitución Política y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Por esto, no pueden existir en un Estado de Derecho, respetuoso de los derechos humanos, tratamientos degradantes infligidos a una persona bajo el pretexto de cumplir con una función pública, como lo es entre otras, el resguardo de la seguridad ciudadana. En esta materia son también parámetro de constitucionalidad las resoluciones números 663 CI (XXXIV) de 31 de julio de 1957, 1993 de 12 de mayo de 1976, 2076 de 13 de mayo de 1977 y 1984/47 del 25 de mayo de 1984 que adoptaron las " Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" adoptadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. (...) Con fundamento en tales normas la Sala, en su fallo 2649-1996 de las 14:48 horas del 4 de mayo de 1996, evaluó las condiciones de las celdas de la “Detención General”, luego conocida como “Quinta Comisaría” (...) La Sala constató que las instalaciones en general, y las celdas en particular, se encontraban severamente

deterioradas, no contaban con agua ni con servicios sanitarios dignos y aseados, las camas eran de cemento y no tenían colchones ni sábanas. Se estimó que aunque en la Detención General los detenidos sólo permanecen en forma provisional y por pocas horas, el lugar reviste las características propias de una cárcel y por ende, debe ajustarse a los requisitos mínimos para hacer que la privación de libertad que allí pueda sufrir un ciudadano se de en condiciones de respeto a la dignidad humana”.

Posteriormente, ante la ausencia de una normativa relacionada con los centros de detención de personas migrantes y solicitantes de la condición de refugiado, la atención de situaciones de emergencia y de grupos numerosos que eran trasladados al centro de detención ubicado en Hatillo sin un protocolo específico para su atención y protección de Derechos Humanos, el día 25 de julio del 2007, la Defensoría de los Habitantes presentó ante la Sala Constitucional un recurso de hábeas corpus, contra la Dirección General de Migración y Extranjería, a favor de un grupo de personas de nacionalidad china (mujeres, hombres), que fueron encontradas en una embarcación en el pacífico de Costa Rica, a finales del mes de abril del 2007. Lo anterior, por la falta de definición de la situación jurídica de estas personas, así como por la violación a su derecho humano a la libertad personal e integridad física, debido a las condiciones en las que habían permanecido, por más de tres meses, en el Centro de Aseguramiento para extranjeros en tránsito.

Pese a que las autoridades migratorias informaron al Tribunal Constitucional que su intervención obedecía a una asistencia humanitaria más que de control migratorio, la Defensoría de los Habitantes insistió en que, para ser conformes con ese propósito humanitario, las acciones que el Estado costarricense concretara debían incluir un sitio que reuniera condiciones de abrigo y albergue y no de privación de libertad como sucedió (Defensoría de los Habitantes 2007-2008).

Por medio del voto N° 12819-07 de fecha 4 de setiembre del 2007, la Sala Constitucional declaró con lugar el recurso de hábeas corpus por violación a los artículos 21 y 40 de la Constitución Política. En consecuencia ordenó, al Ministro de Gobernación y Policía y al Director General de Migración y Extranjería, lo que a continuación se transcribe:

- Que en coordinación con el Ministerio de Salud, en el Centro de Aseguramiento para extranjeros en tránsito no permanezcan más de 100 personas al mismo tiempo, y se realicen las mejoras necesarias a fin de que las instalaciones cuenten con luz natural y artificial necesarias, mejor ventilación natural, lo cual deberá efectuarse a más tardar en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta sentencia.
- Proceder de forma inmediata a solucionar el problema relacionado con la alimentación de las personas detenidas en el Centro de Aseguramiento, todo ello de conformidad con el estudio realizado por el Ministerio de Salud para con el mínimo de personas recluidas en el Centro.

Por unanimidad también se declaró con lugar el recurso por violación a la libertad de tránsito de los amparados. Por mayoría se anularon las resoluciones mediante las cuales fueron deportadas para las personas a favor de quienes se presentó el recurso, únicamente en cuanto se dispone el impedimento de entrada al país por un período de cinco años.

Según información que consta en el expediente que tramita la Defensoría de los Habitantes en relación con las condiciones de infraestructura del Centro de Aprehensión para Extranjeros en tránsito (expediente N° 9224-2007-SI), mediante inspección realizada el día 30 de marzo del 2009 por funcionarios y funcionarias

del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y la Defensoría de los Habitantes, estas instancias lograron constatar que existe un deterioro en las condiciones del lugar y que las exigencias de la Sala Constitucional en cuanto a ventilación, iluminación natural y artificial, aseo, entre otras, no han sido satisfechas por las autoridades migratorias.

Una crítica importante a considerar y que coadyuva en la necesidad de que las autoridades migratorias mejoren las condiciones del Centro de Aprehensión, son las observaciones señaladas a Costa Rica por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas en el 40º período de sesiones realizado del 28 de abril al 18 de mayo del 2008, en el cual, se refieren al Centro de Aprehensión, específicamente en el punto 10, el Comité contra la Tortura señaló lo siguiente:

“El Comité expresa su preocupación por la falta de un límite a la detención administrativa de extranjeros. El comité toma nota de los esfuerzos para mejorar las condiciones del Centro de Aprehensión para los extranjeros y de los planes para modernizar las sedes regionales y los puestos fronterizos con el fin de proporcionar condiciones idóneas para migrantes. Sin embargo, las condiciones en los centros para migrantes siguen siendo preocupantes, sobre todo en materia de hacinamiento y la falta de protocolos o mecanismos para identificar a las víctimas de la trata de personas y otras personas que tienen derecho a una protección internacional. El Estado Parte deberá velar a que existan para los migrantes medidas no privativas de libertad y otras opciones diferentes a la protección incorporadas en la legislación. Asimismo, cada Estado Parte deberá establecer por ley un plazo máximo para la detención en espera de la deportación y que en ningún caso podrá ser esta indefinida. El Comité alienta al Estado Parte a continuar con sus esfuerzos para mejorar las condiciones de detención de todos los migrantes, cuando la detención administrativa sea absolutamente necesaria, de acuerdo con el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas

sometidas a cualquier forma de detención o prisión y las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. El Comité recomienda que se adopten protocolos y se brinde adecuada capacitación al personal de frontera y al personal que trabaja en los centros de detención administrativa de extranjeras para identificar a las víctimas de la trata y otras personas que tienen derecho a una protección internacional”.

Igualmente, en relación con el tema que nos ocupa, resulta importante traer a colación lo que ha resuelto nuestra Sala Constitucional, en cuanto a la detención que se realiza como parte del control migratorio que se ejerce en los aeropuertos internacionales, principalmente, el Aeropuerto Juan Santamaría. Al respecto, por medio del Voto N° 010328-2006 del 19 de julio del 2006, este Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“Dada la gravedad de esos hechos reclamados por el recurrente, el Magistrado Instructor de este expediente, procedió a realizar la inspección respectiva (...). En primer lugar, se observó que el recinto donde está el amparado tiene poca ventilación y no es un lugar que esté condicionado para albergar a pasajeros en tránsito que permanezcan más de algunas horas, tal como es el caso del amparado. Asimismo, aun cuando las autoridades de Migración informaron que el amparado es trasladado todos los días a Base Dos para su aseo personal, en la entrevista él manifestó que en catorce días únicamente había sido llevado en dos oportunidades a tomar una ducha, lo cual es respaldado por la Bitácora que lleva la Policía Aeroportuaria que custodia el lugar, en la cual se consignó únicamente una salida. Más grave aún resulta el hecho manifestado por el amparado, en el sentido que pasó varios días durmiendo en el suelo, lo cual también encuentra sustento en la bitácora policial que consigna que le fue entregada una colchoneta hasta el día dieciocho de julio de dos mil seis, es decir, cuando ya tenía trece días de estar detenido. Asimismo, si bien al momento de realizarse la inspección, el

amparado contaba con una especie de colchoneta, sigue durmiendo a la altura del suelo pues no tiene cama.

Cabe advertir que la mayoría de esta Sala considera que las autoridades de Migración tienen la potestad de mantener detenido al amparado mientras se tramita la gestión de refugio que presentó el diez de julio de dos mil seis, con la advertencia que dicha solicitud debe resolverse en un plazo razonable. Asimismo, deberán las autoridades de Migración en coordinación de los personeros de Alterra, habilitar un espacio que reúna las condiciones para albergar pasajeros en tránsito como el amparado, sobre todo cuando permanezcan en esa condición durante un periodo prolongado”.

En relación con la detención que se produce en espacios habilitados en los aeropuertos internacionales, se estima necesario traer a colación el Informe elaborado por Amnistía Internacional en el que se cita el informe elaborado por la Relatoría Especial de la ONU sobre los derechos de los no ciudadanos, que en lo que interesa establece lo siguiente:

“Párrafo 27. Todas las personas, incluidos los no ciudadanos, deben quedar protegidos de la detención arbitraria. Los Estados están obligados a respetar los derechos humanos de los detenidos, incluidas las salvaguardias jurídicas, se hallen o no en el territorio del Estado de que se trate. Las denominadas "zonas internacionales" administradas por los Estados para mantener detenidos a los no ciudadanos y negándoles asistencia jurídica o social son una ficción jurídica y un Estado no puede sustraerse de esa manera a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos aduciendo el carácter extraterritorial de tales zonas” (Relatoría sobre los derechos de los no ciudadanos, 2007).

Ahora bien, teniendo claro que la privación de libertad de una persona con ocasión del proceso migratorio iniciado en su contra, únicamente supone una limitación a su derecho a la libertad personal, existen otros derechos que no pueden ser violentados por las autoridades migratorias. Estos derechos se encuentran reconocidos en diferentes instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración Universal de Derechos Humanos, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, entre otros.

A continuación se brinda un detalle de estos derechos y su mención en algunos instrumentos internacionales, sin que con ello se pretenda establecer un orden de jerarquía o un enunciado taxativo de aquellos que los reconocen:

a. Derecho a la protección de la integridad física. A pesar de que la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no establece una definición específica de estos últimos, debe entenderse que ninguna autoridad que posea la potestad de privar de la libertad a una persona en razón del procedimiento iniciado, se encuentra facultada para cometer en su contra actuaciones u omisiones que lesionen su dignidad humana e integridad personal. En ese sentido, toda detención que se realice en condiciones inadecuadas (infraestructura, alimentación, salud, por citar algunas que resultan necesarias), transgrede el respeto a la dignidad de toda persona, por poner en riesgo su vida e integridad personal.

En la sentencia 1032-96 del 1 de marzo de 1996, la Sala Constitucional se refirió al deber del Estado de respetar la dignidad de las personas sometidas a cualquier tipo de detención, implementando las condiciones que exigen las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”. En dicha sentencia se estableció lo que sigue:

“(...) El artículo 40 de la Constitución Política señala que "nadie puede ser sometido a tratamientos crueles o degradantes" y como los malos tratos, crueles o degradantes, pueden revestir múltiples formas, desde luego que pueden ser el resultado de una voluntad deliberada, de deficiencias en la organización de los servicios penitenciarios o de insuficiencia de recursos. Pero en general, la comprobación de la existencia de condiciones inhumanas en los establecimientos penitenciarios, cualesquiera que sean las causas, es una señal inequívoca de violación de los derechos humanos de los internos, que el Estado, encargado de sus custodias, está obligado a enmendar (...)”

A modo de ejemplo, se estima importante traer a colación los recursos presentados por la Defensoría de los Habitantes en relación con el caso de una persona de nacionalidad cubana que estuvo detenida en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría en condiciones inhumanas, a la espera de que se resolviera su situación migratoria en el país, pese a haber manifestado a las autoridades migratorias su deseo de solicitar refugio (expedientes N° 09-000993-0007-CO y 09-001012-0007-CO).

El primero de estos recursos fue presentado el día 23 de enero del 2009 y hacía referencia a las condiciones de detención (falta de alimentación adecuada, falta de atención médica, condiciones de higiene y aseo persona, falta de un lugar adecuado para dormir, entre otros). El segundo fue presentado el día 25 de enero siguiente en relación con los aspectos propios del trámite de la solicitud de refugio

y la inobservancia de los principios contemplados en la Convención de 1951 y otros documentos de carácter internacional relacionados con la materia. Pese a que ambos recursos fueron archivados sin que la Sala Constitucional emitiera ninguna consideración de fondo, debido a que a la persona en cuestión fue puesto en libertad, a continuación se transcriben algunas de las argumentaciones planteadas por la Defensoría de los Habitantes:

“A pesar de que, como resultado de la presión ejercida por diferentes instancias, por medio de inspección realizada el día 22 de enero del 2009, la Defensoría de los Habitantes logró constatar que, desde su llegada al país, algunos aspectos relacionados con su condición de detención han ido mejorando, por ejemplo, se le entregó un catre para dormir, le permiten pasar más tiempo fuera del lugar en el que se encuentra, puede realizar llamadas telefónicas e ir al servicio sanitario cuando lo requiere; lo cierto del caso es que 50 días después de su detención, los cambios ocurridos no garantizan que el trato que se le brinda sea acorde con los principios de derechos humanos garantizados en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos suscritos por el país. Máxime teniendo en consideración que a pesar de poder realizar llamadas telefónicas, no tiene contacto personal con su abogado ni puede recibir visitas y durante el plazo en que ha permanecido en ese lugar. La persona interesada manifestó que únicamente se ha podido bañar en 6 ocasiones. Considerando que no existe certeza de la fecha en la que se resolverá la situación migratoria del señor José Ángel Roque Pérez, mantenerlo en las condiciones en las que se encuentra, constituye un trato inhumano, cruel y degradante, en perjuicio de su derecho a la vida, integridad personal y dignidad humana”.

b. Derecho al contacto con el mundo exterior. El artículo 19 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, señala que toda persona detenida tendrá derecho de ser

visitada, en particular por sus familiares y tener una comunicación adecuada con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho.

En iguales términos, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, aplicables a toda forma de detención, señalan en las “Reglas 37 y 92” el derecho de toda persona detenida a comunicarse con el mundo exterior.

El acceso efectivo a este derecho supone el acceso a teléfonos públicos de los cuales las personas detenidas puedan hacer las llamadas, nacionales e internacionales, que consideren necesarias. Sin embargo, en algunos casos éste puede estar condicionado por la capacidad que tengan estas personas para adquirir las tarjetas telefónicas necesarias o la capacidad que tengan quienes conviven con ellas para recibir llamadas por cobrar.

Un aspecto importante de verificar para garantizar el acceso a este derecho, es que no exista, por parte de las autoridades encargadas de la custodia de los centros de detención o albergues, ninguna condicionante injustificada para el uso de estos teléfonos, es decir, que no existan limitaciones arbitrarias y antojadizas que les impidan utilizarlos. Igualmente, existe una obligación de las autoridades migratorias de asegurar que estos teléfonos siempre estarán en buen estado y que, cuando existan problemas que dificulten su funcionamiento, se realizarán todas las acciones necesarias para restablecerlos.

Otro asunto relacionado con el derecho a la comunicación, está estrechamente relacionado con la posibilidad de que las personas detenidas puedan recibir visitas de sus familiares y amigos en condiciones de privacidad e incluso que se garantice el derecho a la visita íntima en aquellos casos en que, si bien es cierto no existen los supuestos que faciliten la regularización migratoria de una persona

detenida, lo cierto del caso es que las autoridades migratorias no tienen la potestad de ignorar vínculos afectivos que se han establecido, como por ejemplo, en el caso de las uniones de hecho.

c. Derecho a la salud. Desde su llegada al centro de detención, las personas deben ser sometidas a un examen médico que permita conocer el estado de salud en el que ingresan, con el propósito de garantizar una adecuada atención médica. En ese sentido, resulta necesario que las autoridades migratorias responsables de la custodia de las personas que permanecen en detención administrativa, garanticen el acceso al derecho a la salud durante las 24 horas del día, todos los días de semana. No es factible pensar que este servicio pueda brindarse, como en la actualidad ocurre en el Centro de Aprehensión para extranjeros en tránsito, en un horario determinado, toda vez que es difícil predecir y detener el surgimiento de enfermedades y/o padecimientos que podrían proliferar por las condiciones de detención. El derecho a la salud supone no solo una atención médica primaria (resfriados, por ejemplo) y atención de emergencias, sino también aquella que se encuentra relacionada con la situación especial de la persona que se encuentra detenida, por ejemplo, personas adultas mayores, mujeres embarazadas, entre otras.

A pesar de que el Manual que entró en vigencia en el mes de enero del 2009 señala la obligación de realizar un examen médico cuando una persona ingresa al Centro de Aprehensión y de que ya fue nombrada la profesional médica que brindará sus servicios en este lugar, hasta el día 30 de marzo del 2009 en acta de inspección realizada por funcionarios y funcionarias de la Defensoría de los Habitantes y del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, se informó que no existe un espacio físico habilitado como consultorio médico que permita brindar la atención en salud de estas personas de una manera adecuada.

d. Derecho a la atención psicológica. Teniendo claro que los procesos migratorios se desarrollan en muchas ocasiones en condiciones que colocan a estas personas en situaciones de vulnerabilidad y violación de sus Derechos Humanos, la atención y acompañamiento psicológico que se pueda brindar a estas personas resulta de gran importancia en el tanto permite que la detención en sí misma no produzca efectos psicológicos graves que se sumen a las experiencias ya vividas; además, permite al Estado brindar una atención integral mientras estas personas se encuentran bajo su custodia.

e. Derecho a la alimentación. Resulta indispensable que la alimentación que se brinda a las personas detenidas se ajuste a necesidades propias de la condición etárea y de salud, definidas por un especialista en la materia. Igualmente, debe garantizarse una alimentación a fin con las creencias religiosas. Asimismo, resulta indispensable que esta alimentación incluya una dieta balanceada que permita incluir los grupos alimenticios necesarios para garantizar la salud de estas personas y que éstos sean preparados bajo estrictas normas de higiene y aseo.

f. Derecho a la educación y recreación. La recreación de las personas detenidas en el Centro no puede limitarse a la posibilidad de ver televisión en un horario determinado. El hecho de contar con recursos materiales (enciclopedias, libros, material didáctico en general) y la participación de organizaciones de la sociedad civil que trabajen con esta población, permite a estas personas invertir el tiempo que permanecen en detención en asuntos que puedan contribuir a su desarrollo personal e intelectual y que la desocupación no aumente el sentimiento de angustia, desesperación e impaciencia que puede generar la privación de libertad.

g. Derecho a la higiene personal. Con el propósito de garantizar a las personas detenidas condiciones que respeten su derecho a la dignidad humana, las autoridades migratorias deben proporcionar a estas personas detenidas los artículos necesarios para garantizar su higiene personal, así como del lugar o espacio en el que permanecen, sin perjuicio de las labores de limpieza y aseo de las instalaciones que corresponde o es obligación de la autoridad migratoria.

h. Derecho a la libertad de culto y expresión. Según lo que establecen los Lineamientos Regionales para la protección de personas migrantes en detención, los centros o lugares en los que pertenezcan estas personas deberán permitir el acceso de sacerdotes, ministros, pastores o guías espirituales y permitir a las personas detenidas su participación en las actividades que al efecto se coordinen.

i. Derecho de petición. Las autoridades migratorias deben garantizar los procedimientos y mecanismos necesarios para que las personas detenidas puedan presentar sus peticiones en relación con los servicios y condiciones del centro en el que se encuentran. Así como aquellos que permitan a estas personas formular las quejas en relación con el trato que reciben de parte de estas autoridades. Ahora bien, no basta con que se ponga a su disposición un mecanismo de esta naturaleza, como por ejemplo un “buzón de quejas”, sino que debe garantizarse que este sea efectivo para lograr la satisfacción de las necesidades de esta población y la confidencialidad de quienes presentan estas quejas, principalmente, para que no exista temor de utilizarlos.

j. Derecho a no ser privado de sus bienes y pertenencias. Las autoridades migratorias está en la obligación de garantizar, durante la detención, el estado y cantidad de los bienes que portaba la persona al ser detenida. Lo anterior, de conformidad con lo establecido por el artículo 15 de la Convención Internacional

sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.

Finalmente, es de suma importancia mencionar que el “Manual administrativo y de procedimientos de los centros de aprehensión temporal para extranjeros en condiciones irregulares”, establece las condiciones e instancias responsables de garantizar los derechos de las personas detenidas en estos lugares, lo cual se constituye en un avance importante en el reconocimiento de estos derechos.

Para lograr un efectivo acceso a estos derechos, resulta necesario que las autoridades migratorias realicen en forma constante, actividades destinadas a la capacitación y sensibilización de las y los funcionarios que laboran en los centros de detención; de manera tal que éstos comprendan que el único derecho que debe ser limitado a una persona en condiciones de detención, es su libertad de tránsito, no así todos aquellos otros que resultan necesarios para garantizar su dignidad e integridad personal.

CONCLUSIÓN

A pesar de que los movimientos migratorios pueden ser reconocidos como necesarios para el desarrollo de un país; en ocasiones, dada su magnitud y características, también pueden ser percibidos como una amenaza tanto por parte de la sociedad receptora como por parte del Estado. Lo realmente preocupante de concebir el fenómeno de la migración como un problema, lo constituye el aumento de las percepciones xenofóbicas que impiden la integración de esta población a la dinámica social del país que los recibe y la creencia de que su atención se debe realizar desde un enfoque de carácter represivo que permita controlarlo.

Lamentablemente, tal y como quedó demostrado en este trabajo, un abordaje integral de este fenómeno que permita garantizar los Derechos Humanos de las personas extranjeras y nacionales que habitan en nuestro país, va más allá del control migratorio que se pretenda realizar, ya que necesariamente requiere el involucramiento de todos los sectores relacionados: salud, educación, trabajo, vivienda, entre otros; mediante la coordinación interinstitucional necesaria para articular acciones en su favor y protección.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la actualidad, la atención de este fenómeno presenta grandes desafíos en el ámbito jurídico, social y económico, principalmente, ante la necesidad de reformar la legislación vigente y de emitir una política migratoria que en forma integral brinde respuesta y atención oportuna y eficaz a la migración en nuestro país.

Ahora bien, en lo que respecta al control migratorio, cuando el Estado costarricense decide aplicarlo en contra de una persona extranjera que no ha cumplido con las disposiciones establecidas para su ingreso y permanencia en el

territorio; debe reconocer, sin objeción alguna, que su potestad de control no es ilimitada sino que, como Estado de Derecho, debe garantizar el respeto de los Derechos Humanos de las personas sometidas a ese poder.

En línea con lo señalado, está claro que la detención administrativa es una medida que el Estado decide aplicar para asegurarse que podrá imponer la sanción que corresponda como consecuencia del control migratorio realizado (ya sea que se trata de migrantes en condición irregular o solicitantes de la condición de refugiado). En ese sentido, el presente trabajo no pretendió censurar la existencia de esa potestad estatal, pero lo que sí cuestiona es la forma en la que actualmente se está llevando a cabo, debido a que como quedó demostrado no existen garantías propias del debido proceso que permitan asegurar la protección de los Derechos Humanos de las personas detenidas.

Considerando que esta medida produce una limitación al derecho humano a la libertad personal, la más gravosa que podría imponerse, no solo debería aplicarse cuando sea imposible ordenar otra, sino que una vez que se implementa deben garantizarse todos los derechos derivados del derecho al debido proceso, incluido el recurso judicial efectivo que permita la revisión de la decisión administrativa que la ordenó.

Así las cosas, resulta indispensable que se realicen las reformas legislativas correspondientes para establecer la obligación de que exista una autoridad judicial que determine si su aplicación y continuidad responde a los Principios de Razonabilidad, Proporcionalidad y Objetividad exigidos para su legalidad. Considerando que la detención administrativa es ejecutada por una instancia de carácter administrativo en aplicación de una legislación de la misma naturaleza, la Jurisdicción Contencioso Administrativa se constituye en la jurisdicción competente para revisar las medidas impuestas por las autoridades migratorias,

en el tanto a ésta le corresponde revisar la función administrativa, con el objeto de garantizar su legalidad.

Por otro lado, se hacen indispensables las reformas legales que se requieran para garantizar que las personas detenidas por razones de control migratorio, permanecerán en un lugar que reúna las condiciones necesarias para garantizar su derecho a la dignidad humana e integridad personal, hasta tanto no sea resuelta su situación migratoria. La inexistencia de un lugar adecuado para estos fines o la falta de presupuesto para construirlo, no son aceptables como justificación cuando se trata de los Derechos Humanos de quienes deben permanecer bajo la sujeción de las autoridades migratorias por no cumplir con los requisitos establecidos por la legislación vigente en la materia.

No debe olvidarse que las personas extranjeras son y seguirán siendo personas aunque crucen las fronteras del país que las vio nacer. Su decisión de migrar es motivada por factores que están fuera de su control y la situación en la que se encuentran no las convierte en ciudadanos de segunda, tercera o cuarta categoría por citar algún grado jerárquico. Aunque lo ideal sería que la movilidad de éstas pudiera realizarse sin que el ingreso al país en ciertas circunstancias implique un castigo o sanción (privación de libertad), la realidad internacional reconoce la existencia de limitaciones a ese derecho que tenemos de buscar un lugar donde podamos vivir con dignidad y en el que nuestra vida, integridad y libertad personal no tenga precio; sin embargo, igualmente se conocen los límites al ejercicio del control que el Estado puede realizar en materia migratoria.

Si su país de origen no fue capaz de reconocer su derecho a ser tratadas con dignidad, el nuestro debe defenderlas y protegerlas de futuras agresiones o violaciones de sus derechos fundamentales. Es decir, puede aplicar las sanciones y medidas que estime necesarias cuando logre demostrar que se ha trasgredido el

orden y las normas vigentes, pero debe seguir reconociendo, ante todo, que quien tiene al frente y a quien pretende someter a su control es un ser humano que no pierde su condición aunque incumpla las disposiciones establecidas.

Aunque Costa Rica no “abra sus fronteras” a toda aquella persona que desee ingresar e instalarse en nuestro país, porque está claro que debe existir un ordenamiento jurídico y una política que canalicen la migración de una manera ordenada para garantizar los Derechos Humanos de sus nacionales en armonía con las personas extranjeras que también lo habitan; bienvenidos sean los esfuerzos, las acciones y las reformas legislativas que permitan avanzar en el reconocimiento del valor y la dignidad de toda persona independientemente de su nacionalidad o condición migratoria.

RECOMENDACIONES

a. Aspectos esenciales a incorporar dentro de una propuesta legislativa relacionada con la detención administrativa por razones de control migratorio

Con el propósito de garantizar que la detención administrativa de las personas extranjeras (migrantes y solicitantes de la condición de refugiado) se realice en respeto absoluto de los Derechos Humanos de esta población y de conformidad con los estándares internacionales vigentes en la materia, resulta de trascendental importancia que se promuevan las siguientes reformas legislativas.

- Obligatoriedad de que la autoridad migratoria ponga a la persona detenida a las órdenes de un juez desde el momento en que se ordena su detención y cuando estime oportuno prorrogarla. Con el propósito de garantizar ese recurso judicial efectivo que se encuentra reconocido en instrumentos internacionales de Derechos Humanos debidamente ratificados por nuestro país, se hace necesario que ésta obligatoriedad de poner a la persona detenida a las órdenes de un juez que decida sobre la legalidad de su detención, se incluya desde el momento en que la autoridad migratoria decida sobre la imposición de esta medida, justificando los motivos que la llevaron a tomar esta decisión y la imposibilidad de aplicar una medida menos gravosa. Asimismo, debe establecerse la obligación de exponer ante esta jurisdicción (Jurisdicción Contencioso Administrativo), los motivos en virtud de los cuales se considera necesario continuar con la detención de esta persona, para que sea esa instancia judicial la que, verificando las garantías del debido proceso y los principios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, resuelva sobre la legalidad de la actuación de la autoridad migratoria.

- Obligatoriedad de que la autoridad migratoria emita una resolución en virtud de la cual se ordene la detención administrativa de una persona, con el propósito de iniciar y ejecutar en su contra un proceso de deportación. De conformidad con el Principio del Debido Proceso resulta necesario que la autoridad migratoria emita una resolución que ordene la detención de esta persona, mediante la cual se expongan los motivos por los cuales, luego de una análisis detallado de la situación individual de la persona detenida, se estima necesario proceder con la detención de esa persona en lugar de aplicar otra medida cautelar menos gravosa; de manera tal que, la persona interesada pueda presentar los recursos correspondientes haciendo valer su derecho humano a la libertad personal.

- Emisión de un reglamento que regule el funcionamiento de los centros de detención, de manera tal que se cumplan las formalidades legalmente establecidas para la regulación de situaciones relacionadas con la limitación a derechos fundamentales.

b. Algunas recomendaciones adicionales de carácter general

- Las autoridades migratorias deben implementar con mayor frecuencia medidas alternativas a la detención de personas migrantes y solicitantes de refugio. La detención administrativa por razones de control migratorio debe ser utilizada como el último recurso que se utilice con el propósito de garantizar la aplicación de una sanción establecida en la legislación vigente.

- Deben realizarse los esfuerzos y acciones necesarias para lograr la construcción de un albergue que permita mantener a personas extranjeras en condición migratoria irregular, con el propósito de que su permanencia bajo la sujeción de las autoridades migratorias no se realice en infraestructuras

carcelarias como si el control migratorio se produjera como consecuencia de la comisión de un delito.

- Debe evitarse que las personas víctimas del delito de trata de personas sean trasladadas a centros de detención de personas migrantes en condición irregular, principalmente, por cuanto las medidas de atención y protección que deben garantizarse a ambos grupos son diferentes y ameritan una intervención interinstitucional de distinta naturaleza.

- En el caso de que la autoridad migratoria estime necesario ordenar la detención de una persona solicitante de refugio, debe realizarse un análisis exhaustivo de las condiciones en las que se encuentra esta persona, con el propósito de confirmar que se cumplan los presupuestos establecidos a nivel internacional para la detención de estas personas por razones de control migratorio. Resulta importante que se realicen en forma periódica procesos de capacitación al personal encargado del control migratorio y de la custodia de personas detenidas para esos efectos, de manera tal que se logre brindar a las personas solicitantes de la condición de refugio el trato requerido de conformidad con los principios internacionales vigentes en la materia.

LIBROS

ARROYO GUTIERREZ, José Manuel. El Sistema Penal ante el Dilema de sus alternativas, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995. 231 páginas.

FAIREN GUILLEN, Víctor, La identificación de las personas desconocidas (Comentario al Artículo 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana), 1ª ed, Madrid, España, Editorial Civitas, S.A, 1992, 180 páginas.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Derechos Humanos y Justicia Penal, Heredia, Poder Judicial, Dpto. Artes Gráficas, 2007. 249 páginas

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Seguridad Ciudadana en América Latina. Una propuesta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, IIDH, 2007, 42 p.

MARMORA, Lelio, Las Políticas de Migraciones Internacionales, 1ª ed, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2002, 443 páginas

Ministerio de Salud, Organización Panamericana de la Salud, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Migración y Salud en Costa Rica: Elementos para su análisis, San José Costa Rica, OPS, 2003, 43 páginas.

Ministerio de Planificación Nacional y Política Económicas, Plan Nacional de Desarrollo “Jorge Manuel Dengo Obregón”, San José, Costa Rica, MIDEPLAN, 2007, 134 páginas

Organización Internacional para las Migraciones, Glosario sobre Migración. Derecho Internacional sobre Migración, OIM, 2006, 87 páginas

OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 26ª ed, Buenos Aires, Heliasta, 1999. 1038 páginas.

PIZA ROCAFORT, Rodolfo, Igualdad de Derechos: Isonomía y no discriminación. San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1997.

PNUD. Informe Venciendo el temor. (In) seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica, Informe Nacional de Desarrollo Humano, 2005. 90 páginas

RAMÍREZ ACUÑA, Sergio, Principios del Derecho Administrativo en la Ley General de la Administración Pública, 1ª ed, San José: Editorial Universidad de San José, 1997.

SANDOVAL GARCIA, Carlos, Otros Amenazantes: Los nicaragüenses y la formación de identidades nacionales en Costa Rica, 1ª ed, San José, Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2006, 386 páginas
ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho Penal. Parte General, Argentina, EDIAR, 2000, 1017 páginas

SITIOS EN INTERNET

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Directrices Generales del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de refugio. Disponible en:

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4992fb672>

Amnistía Internacional, La Detención relacionada con la migración. Motivo de preocupación constante en todo el mundo, Diciembre 2008. Disponible en:

<http://www.amnesty.org/es/library/info/POL33/004/2008/es>

Amnistía Internacional, Documento "Detención relacionada con la migración: Una guía de investigación de las normas de derechos humanos referentes a la detención de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas". Noviembre 2007. Disponible en:

<http://www.amnesty.org/es/library/asset/POL33/005/2007/es/6284242c-c5bd-11dc-a9b5-492269ca2e38/pol330052007spa.html>

Comité contra la Tortura, Observaciones Finales del Comité contra la Tortura, Examen de los Informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Disponible en:

http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/co/CAT-C-CRI-CO1_sp.pdf

Comisión de Derechos Humanos, Informe E/CN.4/2000/4 del 28 de diciembre de 1999, Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la Tortura y la Detención. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Disponible en:

<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/7a246b309d7a195380256893003ba83f?OpenDocument>

Comisión de Derechos Humanos, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, Informe E/CN.4/2003/85 del 30 de diciembre del 2002. Disponible en:

[http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/99e350790ea8a9a5c1256cde0056eaa9/\\$FILE/G0216258.doc](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/99e350790ea8a9a5c1256cde0056eaa9/$FILE/G0216258.doc)

Contraloría General de la República, Informe N° DFOE-PGA-62/2007, 20 de diciembre, 2007. Disponible en:

http://jaguar.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/sad_docs/2007/DFOE-PGA-62-2007.doc

Contraloría General de la República, Informe N° DFOE-PGAA-19-2008, 14 de agosto, 2008. Disponible en:

http://www.conamaj.go.cr/observatorio/biblioteca/control_migratorio.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6-86 del 9 de marzo de 1986, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16-1999 del 1º de octubre de 1999, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Disponible en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2208.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Disponible en:

<http://www.cdh.uchile.cl/Libros/dh-mujeres/9oc18.pdf>

Decreto-Ley de Panamá. Disponible en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01158.pdf>

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Lucha contra las Inmunidades del Poder, 1962. Disponible en:

http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1962_038_159.PDF

Global Rights, Partners for Justice, Guía Anotada del Protocolo completo de la ONU contra la Trata de Personas, 2005. Disponible en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3556.pdf>

IX Censo Nacional de Población y V de Vivienda del 2000: Resultados Generales, Instituto Nacional de Estadística, 2000. Disponible en:

<http://www.prolades.com/costarica/census2000/censo2000.pdf>

Ley de Migración de Guatemala. Disponible en

<http://www.unhcr.org/refworld/publisher,NATLEGBOD,,GTM,3dbe69e16,0.html>

Ley de Migración de Honduras. Disponible en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2528.pdf>

Ley General de Población México. Disponible en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0230.pdf>

Ley de Extranjería de Nicaragua. Disponible en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0157.pdf>

NIKKEN, Pedro, El concepto de Derechos Humanos. Disponible en:

http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.1%20DEFINICIONES%20%20TEORIAS%20CARACTERISTICAS/2.1.11%20El%20concepto%20de%20ddh_h_Nikken.pdf

Organización Internacional para las Migraciones, Comunicado de Prensa, Informe sobre las Migraciones en el Mundo, 2008. Disponible en:

<http://www.iom.int/jahia/Jahia/newsArticleEU/lang/es/cache/offonce?entryId=20343>

Parlamento Europeo y el Consejo, Directiva relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, (Directiva de Retorno), 2008. Disponible en:

<http://www.laguachimana.org/content/observatorio/directiva-de-retorno-del-parlamento-europeo-discriminacion-inmigracion-y-corrup>

PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano, 1994. Disponible en:

<http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh1994/capitulos/espanol/>

Reglamento Ley General de Población México. Disponible en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0172.pdf>

Sin Fronteras, I.A.P, Situación de los Derechos Humanos de la Población Migrante en las estaciones migratorias en la Ciudad de México y de Tapachula, Chiapas, 2005, 2006. Disponible en:

http://mexico-guatemala.colmex.mx/e107_files/downloads/informe_em.pdf

NORMATIVA NACIONAL

Constitución Política, 1949

Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 8508 del 22 de junio del 2006

Decreto Ejecutivo N° 27457-G-RE del 24 de noviembre del 2008

Decreto Ejecutivo N° 33506-G del 30 de octubre del 2006

Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978

Ley General de Migración y Extranjería N° 7033 del 4 de agosto de 1986

Ley de Migración y Extranjería N° 8487 del 12 de diciembre del 2005

Ley de Migración y Extranjería N° 8764 del 1º de setiembre de 2009

Ley de la Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre de 1989

Manual Administrativo y de Procedimientos de los Centros de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condiciones Irregulares

NORMATIVA INTERNACIONAL Y OTROS DOCUMENTOS

Convención America de Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos del Niño

Convención Europea de Derechos Humanos

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y formas conexas de intolerancia

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas

RESOLUCIONES SALA CONSTITUCIONAL

Resolución N° 00012-1989 del 6 de octubre de 1989.

Resolución N° 00015-1990 del 5 de enero de 1990.

Resolución N° 00392-1991 del 16 de enero de 1991.

Resolución N° 03550-1992 del 24 de noviembre de 1992

Resolución N° 05945-1994 del 11 de octubre de 1994

Resolución N° 001032-1996 del 1º de marzo de 1996

Resolución N° 08858-1998 del 15 de diciembre de 1998.

Resolución N° 01312-1999 del 23 de febrero de 1999.

Resolución N° 01415-1999 del 26 de febrero de 1999.

Resolución N° 08397-1999 del 3 de noviembre de 1999.

Resolución N° 02459-2000 del 21 de marzo del 2000.

Resolución N° 04244-2000 del 17 de mayo del 2000.

Resolución N° 00316-1993 del 22 de enero del 2003.

Resolución N° 12536-2003 del 31 de octubre del 2003.

Resolución N° 12930-2003 del 5 de noviembre del 2003.

Resolución N° 02955-2004 del 19 de marzo del 2004.

Resolución N° 09618-2005 del 20 de julio del 2005.

Resolución N° 02187-2006 del 22 de febrero del 2006.

Resolución N° 05233-2006 del 18 de abril del 2006.

Resolución N° 08443-2006 del 13 de junio del 2006.

Resolución N° 10328-2006 del 19 de julio del 2006.

Resolución N° 12819-2007 del 4 de setiembre del 2007.

PRENSA ESCRITA

Periódico La Nación, 4 de abril del 2006

Periódico La Nación, 1º de diciembre del 2006

Periódico La Nación, 17 de marzo del 2007

Periódico La Nación, 10 de octubre del 2008

OTROS DOCUMENTOS

Defensoría de los Habitantes, Oficio N° DH-PE-515-08 de fecha 9 de setiembre del 2008, dirigido a la Lic. Rosa María Vega Campos, Comisión Permanente de Gobierno y Administración, Asamblea Legislativa (observaciones al entonces Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, expediente N° 16594).

Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2007-2008

Defensoría de los Habitantes, expediente de investigación N° 16425-22-2004

Defensoría de los Habitantes, expediente de investigación N° 09227-2007-SI

Proyecto de Ley de Fortalecimiento Integral de la Seguridad Ciudadana (Proyecto de Ley N° 16973)