

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL CONTROL DE LA INMIGRACIÓN EN COSTA RICA¹

Alejandra Manavella Suárez

En el umbral del Siglo XXI asistimos a una gran cantidad de significativos fenómenos sociales, políticos y económicos de reciente aparición –globalización, tecnologización, deterioro ambiental, desequilibrios demográficos, acelerada urbanización- que han supuesto extraordinarias transformaciones, ricas en modalidades, en la mayoría de las sociedades contemporáneas. Como consecuencia de todo ello, nuestras sociedades se han ido tornando cada vez más complejas tanto en su estructuración como en su funcionamiento, generando cuestionamientos, contradicciones y confusiones, no sólo en el plano de la realidad, sino también en el del discurso teórico.

Si bien logramos aceptar, sin mayores objeciones, que las sociedades contemporáneas son sumamente complejas, no siempre, al mismo tiempo, resulta fácil admitir que parte de esa complejidad viene dada por la heterogeneidad sociocultural de sus integrantes; cualidad que, por otra parte, valga decirlo, no es una novedad de las sociedades actuales sino un dato históricamente presente –aunque, lógicamente, con especificidades- en todas las agrupaciones humanas.

Dejando de lado el discurso de aquellos que siguen defendiendo todavía, la supuesta homogeneidad de determinados grupos sociales, la heterogeneidad sociocultural es algo difícilmente discutible. Como ha dicho Santamaría (2002), una sociología reconstituida debe poner de relieve cómo la heterogeneidad se encuentra sólidamente instalada en todas las sociedades -y mucho más en las llamadas sociedades contemporáneas- en contraposición a esquemas interpretativos y de acción que suponen la homogeneidad social y cultural o, lo que es lo mismo, imaginan la heterogeneidad como anomalía e, incluso, como disfunción.

Ahora bien, el aspecto verdaderamente novedoso de la heterogeneidad de las sociedades contemporáneas, radica en que, a raíz de las inevitables conflictividades –reales y aparentes- que produce, comienza a visibilizarse el fenómeno, pasando a constituir una cuestión de interés popular, de atención mediática, de controles formales e informales de conductas y de reflexión intelectual. En fin, no es que estemos frente a un hecho nuevo sino de un antiguo acontecer que hoy se torna cada vez más visible.

La sociedad costarricense no escapa a las características apuntadas. A pesar de ser un pequeñísimo país de 52.000 km² que aloja una población estable cercana a los cuatro millones y medio de habitantes, tradicionalmente ha sido considerado un país generoso y receptivo que, a lo largo de su historia, ha servido de tránsito, residencia, refugio y asilo a numerosas personas que abandonaron sus lugares originarios por razones políticas o económicas, y un lugar donde generaciones de extranjeros,

¹ El presente artículo se basa en investigaciones realizadas en el marco del Master Europeo en Sistema Penal y Problemas Sociales y del Doctorado en Sociología Jurídico Penal de la Universidad de Barcelona (2005-2008).

especialmente centroamericanos -y muy especialmente nicaragüenses- se instalaron definitiva o temporalmente.

Lo anterior, sumado a la incuestionable existencia de un régimen político democrático de considerable desarrollo, de un sólido sistema de libertades y garantías y de un régimen institucional estable, le ha valido a Costa Rica una reconocida trayectoria internacional en materia de recepción solidaria de personas migrantes y de respeto de los derechos humanos. Sin embargo, y a pesar de todo ello, veremos que desde hace algunas décadas se han desarrollado en el país tendencias políticas y normativas que no van de la mano con esta reconocida trayectoria, por no ser consecuentes con el debido respeto que merecen los derechos de las personas extranjeras y migrantes. No es novedad para nadie que la mayor afluencia de extranjeros en el país ha generado hace varios años un estado de preocupación en diversos estratos de la sociedad y sectores del poder político que se han materializado en lo que comentaremos en las siguientes líneas.

Esa preocupación por la llegada de personas migrantes al país se fue manifestando en el interés estatal por buscar respuestas ante lo que empezó a considerarse –a construirse, decimos nosotros- como un grave problema social que urgía controlar en la medida que se lo asociaba a otra serie de problemas como el aumento de la criminalidad, la mayor violencia en el accionar delictivo o la aparición de nuevas formas delincuenciales, en fin, como un problema generador de inseguridad ciudadana, así como debilitador de los cimientos del Estado social costarricense.

Precisamente, las páginas siguientes pretenden reflexionar sobre el fenómeno de la inmigración en Costa Rica, pero sobre todo, en torno a cómo este ha venido siendo gestionado desde las esferas del poder a través de distintos tipos de políticas públicas de control en las últimas décadas. En esta línea es que consideraremos que los mecanismos políticos y legales escogidos por el Estado costarricense para hacer frente al fenómeno de la inmigración, han potenciado la construcción y la vivencia de éste como un grave problema social –particularmente enfocado en el problema de la inseguridad- generando un ambiente que permite legitimar medidas dirigidas a reforzar los mecanismos de control y represión de estas poblaciones, que terminan criminalizadas, reforzando así sentimientos xenófobos en la población nacional, sobre todo cuando se fija la atención en la lucha contra la mal llamada *inmigración ilegal*

En este sentido es que debe entenderse también el rol de la política migratoria como uno de los factores determinantes en la construcción de las representaciones sociales sobre la inmigración en Costa Rica.

1. Inmigración en Costa Rica: mitos y realidades

Según datos del IX Censo de Población efectuado en el año 2000², para ese año, la población extranjera representaba aproximadamente un 8% de la población total de Costa Rica. A su vez, el Centro Centroamericano de Población de la Universidad de Costa Rica (CCP) eleva al 9% esta cifra, al considerar que aproximadamente un 12% de las personas extranjeras no son captadas por las estadísticas³. Incluso datos proporcionados por la División de Población de las Naciones Unidas, estiman en un máximo del 10% el porcentaje de inmigrantes en Costa Rica. De los datos del Censo se extrae además que, del total de población extranjera censada (296.461 personas), el 85% (207.000 personas) estaba constituido por personas provenientes de la región centroamericana, de las cuales el 91% representaba a personas provenientes de Nicaragua (190.000 personas). Esto arroja el dato general de que, para el año 2000, el 78% de las personas extranjeras residiendo en Costa Rica provenían del vecino país Nicaragua.

Las cifras muestran por tanto la importancia de la población nicaragüense en el país, lo cual explica en parte que el debate popular y político sobre la inmigración casi siempre sea principalmente identificado con la inmigración nicaragüense. Ella es frecuentemente señalada por los habitantes del país como la culpable de la incapacidad del Estado para resolver las demandas globales de la población, a pesar de que importantes estudios realizados con respecto a los datos del Censo de Población 2000⁴ destruyen algunos mitos sobre el impacto negativo de la inmigración en el país, sobre todo en lo que se refiere a la población nicaragüense.

Curiosamente, esos datos oficiales son ignorados por los costarricenses, e incluso por importantes autoridades públicas que llegan a exagerar arbitrariamente las cifras inmigratorias reforzando el conocido “mito del millón de nicaragüenses”. Esto ha sido fuertemente cuestionado y rebatido en diversas ocasiones por serios estudios realizados en el país.⁵ La discusión sobre la cantidad de extranjeros que se encuentran en el país lleva, en realidad, a una cuestión de fondo mucho más interesante, a la vez que más preocupante, cual es la creciente intolerancia, discriminación e incluso, xenofobia que en los últimos años se experimenta en el país, particularmente relacionada con las personas nicaragüenses. A pesar de que no es justo afirmar, de modo general que los costarricenses incurran constantemente en actitudes xenofobas, lo cierto es que existen muchos casos y ejemplos de conductas que no merecen otro calificativo⁶.

² Tanto los Censos de Población como las Encuestas de Hogares y Propósitos Múltiples son realizadas por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). El IX Censo de Población realizado en el año 2000 es el último (los anteriores datan de 1973 y 1984). En ellos se presentan estadísticas nacionales sobre aspectos sociodemográficos, migratorios, económicos, sociales y educativos desagregadas por provincia, cantón y distrito, y constituyen las principales fuentes estadísticas oficiales del país.

³ Periódico La Nación, San José, Costa Rica, 9 de mayo de 2007. Ver también información estadística en la página web del CCP.

⁴ Ver entre otros Barquero y Vargas (2002).

⁵ Ver opinión de Rosero Bixby, Director del Centro Centroamericano de Población de la Universidad de Costa Rica, en Periódico La Nación, San José, Costa Rica, 9 de mayo de 2007

⁶ Ver comunicación presentada por el Estado de Nicaragua contra Costa Rica por presunta xenofobia y violaciones de los derechos humanos de personas nicaragüenses que viven en Costa Rica. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 11/07. Caso Interestatal 01/06 Nicaragua contra Costa Rica. 8 de marzo de 2007

La situación actual de Costa Rica como país tanto receptor, de tránsito y emisor de población migrante puede entenderse mejor recurriendo a una –aquí muy somera- revisión histórica sobre los movimientos de personas en la región⁷. En este sentido, si bien es cierto que los movimientos de personas en Centroamérica se incrementaron y se tornaron más complejos en las últimas décadas, también lo es que, a lo largo de su historia, siempre existieron naturales y dinámicos movimientos de personas entre los países de la región y, particularmente, entre zonas fronterizas, motivados, sobre todo, en la búsqueda de mejores oportunidades laborales y condiciones de vida. Estos movimientos en la región han obedecido históricamente, en primer lugar, a motivaciones de carácter laboral y búsqueda de mejora de condiciones de vida. Sin embargo, en determinado momento de la historia centroamericana, a ellos se agregaron dos fenómenos novedosos: los movimientos forzosos de amplios sectores de la población como consecuencia de conflictos bélicos internos y de condiciones políticas adversas en algunos países (década de los 70s); y el aumento marcado de la emigración hacia fuera de la región, mayoritariamente hacia Estados Unidos y, en menor medida, hacia México y Canadá (década de los 80 y 90).⁸

Debe también hacerse especial mención a la actual situación del país en materia de recepción de personas solicitantes de refugio provenientes mayoritariamente de Colombia como consecuencia del conflicto político que vive ese país, así como también de Venezuela y Cuba.⁹ Según información del ACNUR¹⁰, la población refugiada en el país ascendería a unas 11.000 personas, pero tanto el contexto en el que se producen actualmente los desplazamientos forzosos de personas, como el perfil de la población refugiada que llega a Costa Rica son muy diferentes a los de la crisis centroamericana de los 80s y 90s.

2. Flujos migratorios y globalización: desregulación y restricción de movilidades

Ubicándonos en el contexto global de este análisis, no podemos obviar que parecidas tendencias a las aquí mencionadas para nuestro país encontramos también en muchos otros países del mundo.

Si bien es cierto, la historia de la humanidad es una historia de migraciones, esa movilidad se ha acrecentado en la actualidad, pero, sobre todo, se ha tornado más visible. Esta situación, en principio, pareciera derivarse de la propia naturaleza del mundo globalizado que, así como incentiva y propicia los movimientos de bienes y capitales, también crea las condiciones para los movimientos de personas.

⁷ Ver entre otros: *Gente en movimiento: características y dinámicas de las migraciones internacionales en Centroamérica*. Realizado por el Programa Estado de la Región en coordinación con la Organización Internacional para las Migraciones. 1999.

⁸ *Redes transfronterizas. Sociedad, empleo y migración entre Nicaragua y Costa Rica*. Por Morales Abelardo y Castro Carlos. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO. Costa Rica, 2002.

⁹ Programas y Estrategias del ACNUR en 2006. Región Norte de América del Sur, Panamá y Costa Rica: enfoque regional sobre Colombia. UNHCR. En: Global Appeal, 2006 (disponible en: www.acnur.org)

¹⁰ Utilizamos en este apartado información disponible en la página del ACNUR Costa Rica, así como en el informe preparado por ellos titulado. *"El nivel de integración local de refugiados en Costa Rica, 2001-2002"*. ACNUR. 2006.

La globalización se presenta, en este aspecto -como en otros- como un fenómeno promotor de desigualdades y exclusiones pues, a la vez que incentiva y propicia la libertad de movilización de bienes y capitales, castiga y desincentiva, de diversos modos, la libre circulación de los seres humanos -al menos la de ciertos grupos- restringiendo la libertad de elegir dónde ellos quieren estar.

Dentro de este contexto tampoco podemos desligar nuestro análisis nacional de la permanente sensación de estado mundial de conflicto y guerra, la cual ha colaborado en globalizar también la sensación constante de miedo e inseguridad social (Dal Lago, 2000, 2005). Una guerra que ha llevado a la obsesión por obtener la seguridad de las ciudades amenazadas, por ejercer un control absoluto de todo lo que sucede en ellas y, por lo tanto, de todas las personas que permanecen, entran y salen de las mismas. El primado de la seguridad se verifica en la *obsesión securitaria* de pretender controlarlo todo. La intensificación de los controles se centra sobre todo en el *control de los espacios* (desde la propia ciudad hasta lugares más puntuales como aquellos de tránsito, puestos fronterizos, etc) y en el *control de los individuos*, dada la sospecha generalizada hacia ciertos grupos de personas. Es así como este aumento de las actividades de control recae, en gran medida, sobre las personas extranjeras. Mediante el *management* del miedo, se logra la legitimación social para que, en la guerra contra el terrorismo, la violencia y la inseguridad, cualquier tipo de intervención se encuentre justificada. A nuestro parecer, dentro de los efectos esenciales que este estado de guerra global ha producido, encontramos la propia sensación de constante violencia y malestar social, que, las más de las veces, es construida e identificada como un problema de inseguridad global. Costa Rica no es por supuesto ajena a este fenómeno que se describe.

Así se observa la tendencia a que una de las soluciones estatales privilegiadas para abordar los distintos problemas sociales derivados de las caídas de los modelos de bienestar, ha sido el de la criminalización o respuesta penal a los mismos. Las distintas "soluciones" ofrecidas desde los espacios de autoridad, en distintas latitudes, a los problemas de pobreza, exclusión, marginalidad y otros han colaborado, sin duda alguna, a reafirmar esta hipótesis, y el fenómeno de los flujos migratorios no ha escapado a esta regla.

En este sentido, consideramos que el método escogido por el poder para enfrentar y, sobre todo, controlar la inmigración, ha sido la vía de la criminalización de ciertos grupos de inmigrantes, mediante su vinculación directa con asuntos de seguridad. Esto se logra no sólo mediante el uso de técnicas institucionales (leyes migratorias, controles policiales, etc...) sino, sobre todo, mediante la construcción de una imagen prejujuada del inmigrante que utiliza el miedo y que torna a los medios de comunicación en cómplices en esa tarea. Coincidimos con Monclús (2005) en que, en la actualidad, los sistemas penales de occidente están íntimamente vinculados con la cuestión migratoria y étnica. Según su análisis, el amplio recurso al sistema penal para "gestionar" el proceso migratorio, ya sea de forma directa o solapada, provoca que en estos momentos la cuestión migratoria se convierta en "cuestión criminal.

3. Políticas públicas y normativa para el control de la inmigración en Costa Rica

Con el objetivo específico de estudiar la respuesta estatal a la cuestión migratoria y observar qué tipo de medidas predominan actualmente en su gestión, se expone someramente el surgimiento y evolución de las políticas y normativas implementadas en el país a lo largo de su historia¹¹, para analizar, posteriormente, el tratamiento actual dado a la materia de nacionalidad y extranjería.

Independizada de España, Costa Rica fue el primer país centroamericano en declarar formalmente la igualdad entre nacionales y extranjeros en el Pacto Social Fundamental Interino de 1821, con lo cual señalamos la larga preocupación constitucional por estos temas. A partir de 1886 se abre una etapa donde el legislador ordinario comenzó a interesarse por regular la extranjería y los movimientos migratorios, configurándose el advenimiento de normativa para el ingreso y permanencia de extranjeros con base en calificaciones basadas en criterios moralistas y étnicos, aunque manteniéndose los derechos civiles adquiridos en leyes anteriores. En la década de 1940 cuando se inicia una etapa caracterizada por una verdadera política de restricción de los derechos civiles de los extranjeros, sobre todo en el ámbito laboral y del comercio. La preocupación por crear una legislación unificada reguladora del sistema migratorio costarricense data desde los años 50, cuando empezó a considerarse que las normas existentes, al encontrarse dispersas y aisladas en distintos textos, resultaban de difícil conocimiento y observación.

Durante la década del 70 se establecen algunas políticas de corte restrictivo sobre ingreso y permanencia de extranjeros y se crean instituciones especializadas, así como programas de regulación migratoria de la población extranjera. Es en este contexto que en el año 1986 se dicta la primera Ley General de Migración y Extranjería (N° 7033 del 13 de agosto), la cual estuvo vigente durante veinte años, hasta que fue derogada por la entrada en rigor en el año 2006 de la vigente hasta el momento Ley General de Migración y Extranjería N° 8487 el 27 de octubre de 2005 (en adelante LGME N° 8487). Esta ley contiene la totalidad de la normativa en materia migratoria, la cual se encuentra lógicamente subordinada a lo que ordenen la Constitución y los tratados internacionales.

Sin embargo, la aprobación e implementación de esta legislación no ha sido pacífica, pues la misma ha recibido fuertes críticas de parte de organismos de la sociedad civil e incluso de la propia Defensoría de los Habitantes¹², primordialmente por su enfoque securitario, su debilidad en cuanto al respeto de derechos fundamentales como pueden serlo la falta de garantías de debido proceso, o el derecho a la libertad, y por implementarse sin la necesaria e integral definición previa de una verdadera política en materia de migración y extranjería. Las críticas realizadas a la normativa fueron recibidas por el gobierno del Dr. Arias Sánchez, así como por las autoridades migratorias, por lo cual, en el año 2007 se inició el trámite en la Asamblea Legislativa del *Proyecto de reforma integral a la Ley de Migración y Extranjería 8487*

¹¹ Para mayor profundidad del tema ver por ejemplo Cerdas y Ubeda (1988); Quesada Cambroner, 1964

¹² Ver informes de la Defensoría de Habitantes 2003-2004 y 2006-2007.

(Proyecto N° 16594) elaborado en conjunto con autoridades gubernamentales, asesores legislativos y la participación activa de los distintos organismos públicos y de sociedad civil.¹³

3.1 La LGME N° 8487: la reafirmación de una política de inmigración selectiva, securitaria y en roce con el respeto de los derechos fundamentales

El estudio realizado sobre esta normativa nos permite afirmar que la política gubernamental costarricense de los últimos años en materia de migración y extranjería ha estado determinada por las vinculaciones directas construidas entre el sector de la seguridad/inseguridad ciudadana, la prevención de la violencia y la necesidad de controlar los flujos migratorios. Así se desprende por ejemplo de los documentos directores de la política migratoria gubernamental, a la cual se le fija como propósito fundamental *“ordenar los flujos migratorios al país y de conjugar los enfoques de control y de integración en la atención a la población inmigrante.”*¹⁴

A nuestro parecer, la normativa vigente se encuentra claramente inspirada, ante todo, en la alarma social y mediática sobre la “problemática” producida por la migración nicaragüense –y más recientemente colombiana-, que se entiende como incontrolada y que amenaza, por tanto, con colapsar todo el sistema democrático social del país y, además, poner en riesgo sus valores más preciados.

La LGME N° 8487, bajo el intento de construcción de una *“política de inmigración planificada”* (arts. 20, 60) se constituye, en realidad, en una política migratoria orientada a la selección de seres humanos según su potencial para contribuir al desarrollo económico, social y cultural del país, así como según su supuesta potencialidad para poner en peligro la seguridad pública, las costumbres y los valores de convivencia pacífica (arts. 6). Este *modelo de inmigración selectiva*, se inclina abiertamente por la promoción del ingreso de personas extranjeras con capital, para el beneficio del desarrollo del país (art.20), en absoluta consonancia con la política económica neoliberal de los últimos gobiernos costarricenses.

Otra de las claras orientaciones de la normativa sobre inmigración hace un llamado a que ella sea *acorde con los principios identitarios del país*, y con la capacidad del Estado para asumir la llegada de nuevas personas (art. 7d).

En consonancia con la tendencia mundial del *control de los flujos para el mejoramiento de la seguridad*, Costa Rica orienta fuertemente su política migratoria en este mismo sentido, asegurando que así se logrará parte del descenso de los niveles de violencia y comisión de delitos. Todo ello puede ser comprobado en la letra de sus normas: *“Declarase de interés público, como parte esencial de la seguridad pública, todo lo relativo a la materia migratoria, incluso la presente Ley, así como los decretos, los reglamentos, las directrices, las políticas y los acuerdos de*

¹³ Para el momento de la entrega de la presente colaboración para publicación –julio 2009- aún se encontraba en trámite de modificación y discusión dicho proyecto.

¹⁴ Así se evidencia claramente, por ejemplo, en el *Plan Nacional de Desarrollo Omar Dengo 2006-2010*, principal documento director de la política del actual Gobierno del Dr. Oscar Arias Sánchez. En este documento, el control de los flujos migratorios se ha identificado directamente como una acción esencial para el mejoramiento de la seguridad ciudadana. *Plan Nacional de Desarrollo Omar Dengo 2006-2010*. Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica

alcance general que se emitan ala efecto.". Más adelante se habla de la necesidad de *"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"* (art. 2). Se afirma también que para la planificación de la inmigración la política migratoria tomará en cuenta especialmente *"las restricciones que establezca, por seguridad pública, el poder Ejecutivo"* (art. 8); y que por razones actuales de seguridad pública y de salud pública, debidamente fundamentadas, el Poder Ejecutivo podrá imponer restricciones de ingreso a determinada persona extranjera o grupo extranjero (art. 56). En materia de ingreso y permanencia de las personas extranjeras, así como en materia de otorgamiento de la categoría migratoria pretendida, se entienden estos condicionados *"a presupuestos de seguridad pública y al desarrollo económico y social del país, además de los requisitos que determine el Reglamento de la presente Ley."* En el análisis de los impedimentos para ingresar al país, también encontramos múltiples restricciones relacionadas con el primado de la seguridad.

El enfoque represivo y policial de la actual política y normativa de migración se evidencia también en las amplias facultades discrecionales que se otorgan a la Policía Especial de Migración, dirigidas a luchar contra la inmigración irregular, poniendo a nuestro parecer sus actuaciones en el límite del respeto de derechos fundamentales básicos.

Este órgano es según la Ley el competente (con jurisdicción nacional y fe pública) no sólo para controlar y vigilar el ingreso y egreso de personas al territorio nacional, sino también la permanencia y las actividades de las personas extranjeras. Se le autoriza, por ejemplo, a efectuar inspecciones en hoteles, pensiones, casas de alojamiento, o establecimientos similares y lugares de trabajo, sin necesidad de ningún tipo de motivación fundada ni de orden de autoridad competente. Solamente tratándose de inspecciones a "habitaciones privadas" es necesario que se haya emitido una orden de allanamiento. Se le autoriza también para investigar la situación migratoria de las personas trabajadoras extranjeras, para lo cual podrán ingresar a los centros de trabajo en horas laborales, revisar documentos de identificación y laborales. Tiene también como función esencial este órgano ejecutar la aprehensión cautelar, así como las órdenes de expulsión y deportación del país.

Otro de los aspectos preocupante de la legislación es que promueve el círculo vicioso de la irregularidad administrativa, con graves repercusiones para los derechos fundamentales. El artículo 6 de la LGME N° 8487 estipula que *"Será inadmisibile la solicitud de permanencia legal de la persona extranjera que haya ingresado al país o permanezca en él en condiciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley."* Esta norma supone la imposibilidad para quien ingresó "ilegalmente" en el país, de arreglar y modificar su situación migratoria, lo cual genera el círculo vicioso que promueve la famosa "inmigración ilegal".

Se establece asimismo la prohibición tanto para personas públicas como privadas de contratar a trabajadores extranjeros en condición ilegal o que, aun gozando de permanencia legal, no estén habilitados para ejercer dichas actividades. Incluso la Ley llega a establecer sanciones para empleadores y personas comunes que se considere colaboran en fortalecer el círculo de la permanencia irregular, prohibiéndose

proporcionar alojamiento a las personas que no cuenten con permanencia legal en el país, decisión que fue fuertemente criticada en su momento por parte de defensores de los derechos de las personas migrantes.

Lo más preocupante de esta situación es que la propia ley propicia el establecimiento de diferencias entre los derechos que se reconocen a las personas extranjeras, según se encuentren en situación de "legalidad" o "ilegalidad" con respecto al cumplimiento de la normativa administrativa sobre ingreso y permanencia en el país. Así, la Ley estipula que toda política deberá estar orientada hacia: "*el respeto a los derechos humanos y las garantías constitucionales de toda persona extranjera que solicite permanencia legal en el país.*"; asegurando también la "*integración de las personas extranjeras que permanezcan legalmente en el país, a los procesos económicos, científicos, sociales, laborales, educativos, culturales y deportivos*" (art. 7). Del análisis de la ley resulta preocupante cómo la política migratoria supedita cuestiones esenciales, como el respeto a los derechos humanos y a las garantías constitucionales, a una situación de carácter administrativo como lo es la mal llamada "legalidad" o "ilegalidad" de una persona extranjera.

Como bien se sabe, en Costa Rica, la determinación jurídica de la condición de nacional o de extranjero se encuentra regulada por su vigente Constitución Política (1948), y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado extensamente los alcances del principio de igualdad de nacionales y extranjeros en numerosos fallos. En concreto, la Sala ha dicho que el principio no es absoluto, porque constitucionalmente es posible un trato desigual a situaciones distintas; sin embargo, ha sido clara en señalar que al establecerse diferenciaciones entre las personas debe tenerse muy en cuenta criterios de razonabilidad¹⁵, y diferencias en materia de respeto a derechos fundamentales, en ningún caso puede entenderse como una cuestión razonable.

3.2 Los procedimientos sancionatorios de rechazo, deportación y expulsión

Si atendemos a las normas que regulan los procedimientos sumarísimos administrativos de verificación de condición migratoria, rechazo, deportación y expulsión de personas extranjeras que se ponen en marcha en el supuesto de que las autoridades migratorias consideren que una persona extranjera no reúne los requisitos de ingreso y/o permanencia en el país, encontramos también graves deficiencias en materia de debido proceso, sobre todo si tomamos en cuenta que estamos sin duda alguna ante procedimientos de naturaleza sancionatoria donde el Estado aplica sus potestades de *ius puniendi*.

No puede dudarse que la expulsión de una persona de un país (entendida como cualquier tipo de salida forzosa) constituye la aplicación de una sanción/pena, impuesta en este caso en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios. Por ello es indispensable que la normativa que se estipule para regular los procedimientos que pretenden aplicar dicha pena, deban acatar los principios fundamentales relativos al derecho al debido proceso, establecidos en la Constitución Política, en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2) y el

¹⁵ Entre los votos más sobresalientes en este tema ver el N° 2003-07806

Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y reconocidos ampliamente por nuestra doctrina nacional y jurisprudencia constitucional¹⁶.

La ley prevé que ante la situación irregular de una persona, las autoridades migratorias, mediante un *procedimiento administrativo sumarísimo* –a la fecha no reglamentado- podrán intimarla por una única vez para que regularice su situación migratoria o conminarla a que permanezca en el país como no residente. En caso de encontrarse cancelada su permanencia legal en el país, se le conmina para que abandone el territorio nacional. Finalmente, si la persona no obedece la orden de salida, puede ordenarse y ejecutarse forzosamente la salida del territorio nacional. Para hacer efectivo este abandono del territorio, la Ley establece tres formas: **el rechazo** (arts. 57, 58), **la expulsión** de personas con residencia legal (arts. 182-184, 212, 213) y **la deportación** de personas en situación de irregularidad administrativa (arts.122, 125, 179-181, 204-211, 219 y sgts).

No podemos aquí profundizar en las particularidades de cada uno de estos procedimientos, pero sí haremos algunas observaciones en cuanto a la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran las personas extranjeras que deben verse sometidas a ellos.

En primer lugar, debe recordarse que La Ley de Migración y Extranjería no es una ley penal sino una normativa administrativa y, en Costa Rica, la irregularidad migratoria no constituye delito sino una infracción administrativa que, sin embargo, puede acarrear como consecuencia una “pena” de expulsión del país, que incluso podría mantenerle privada de su libertad por un determinado tiempo. La pena de expulsión se ejecuta en el marco de un proceso administrativo sumarísimo que llevan a cabo órganos administrativos como la DGME o el propio Ministerio de Gobernación.

Por tanto, estos procedimientos migratorios se realizan completamente en sede administrativa, no previéndose expresamente en la legislación, en ningún momento, la intervención judicial. Es por ello que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ocasión del informe de la visita *in loco* realizada en el año 2002 por la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, señaló algunas cuestiones que consideró no garantizaban suficientemente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Entre las violaciones señaladas por la Relatoría y las que nosotros hemos podido verificar, señalamos rápidamente algunas a continuación:

- **La puesta en peligro del principio de *non refoulement***. Tratándose de Refugio y Asilo, la ley estipula garantías especiales para que ninguna persona refugiada ni asilada pueda ser deportada, expulsada ni devuelta al territorio del país donde su vida o su libertad peligran, ni tampoco pueda deportarse ni expulsarse a ninguna persona que solicite refugio o asilo cuya gestión aún esté pendiente de resolución

¹⁶ Efectivamente, desde su sentencia N° 15 de 1990, la Sala Constitucional empieza a reconocer rango constitucional a los principios básicos del debido proceso administrativo, en especial a partir del momento en que acoge la tesis de que los principios inspiradores del orden penal son aplicables *mutatis mutandi* al campo sancionatorio administrativo. En este mismo sentido, la Sala ha afirmado claramente que: “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado” (Voto N° 3929-95). Ver en el mismo sentido los votos N° 1734-92, N° 5653, N° 2945, N° 3484-94, N° 08193-00, N° 10198-01.

firme, consagrándose así en la letra de la ley el respeto al principio internacional de *non refoulement*. Sin embargo, en la práctica, el principio se pone en peligro por la existencia del instituto del rechazo ya que la decisión de rechazar a una persona es una decisión que toma el propio órgano policial en el mismo momento de realizar un determinado control migratorio en el momento de ingreso al país, sin necesidad de realizar ningún tipo de procedimiento administrativo previo ni de fundamentar siquiera el motivo de la expulsión, lo cual implica que, en los hechos, a las personas que tienen intención de solicitar formalmente su reconocimiento en condición de refugiados o asilados no se les garantiza oportunidad real de interponer esta solicitud.

- **El derecho de defensa y de acceso a la justicia.** En la actual legislación, el derecho de defensa se ve limitado por ejemplo en el procedimiento de deportación a la posibilidad de presentarse en *audiencia oral* y a recurrir solamente algunas de las decisiones en la propia sede administrativa. A pesar de tratarse de un procedimiento de naturaleza sancionatoria, en ningún momento se prevé que estas personas puedan contar con una defensa de oficio. Es obvio que en la práctica estas disposiciones son insuficientes para el efectivo ejercicio del derecho de defensa, pues se requeriría al menos que la persona pueda ser asistida por un abogado gratuito -en caso de que no pudiera costear uno privado-, que el plazo para recurrir la decisión, para gozar de razonabilidad, sea significativamente más amplio que el previsto, y que las actuaciones y resoluciones administrativas puedan ser revisadas y controladas en sede judicial. Estos son los estándares mínimos que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros tratados ratificados por Costa Rica y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷ ha reiterado como obligatorios constantemente. A pesar de no tratarse de procedimientos de naturaleza penal, pero sí de naturaleza sancionatoria, debería considerarse la posibilidad de otorgar a la Defensa Pública del país competencias para realizar las defensas gratuitas de oficio de las personas que se vean sometidas a estos procedimientos administrativos sancionatorios, sobre todo cuando se encuentren privadas de libertad.

- **El derecho a la revisión de las resoluciones y a la revisión judicial efectiva de los actos administrativos.** La ley establece por ejemplo que contra la orden de expulsión únicamente se podrá interponer recurso ordinario de apelación (en el acto de notificación o dentro de las veinticuatro horas hábiles siguientes) de la cual conocerá en única instancia el Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁸ y, mientras éste no se pronuncie, se suspenderá la ejecución de la orden de expulsión (art. 214). Firme la orden de expulsión, se procederá a su inmediata ejecución. Dichas disposiciones no garantizan adecuadamente el derecho a la doble instancia, el cual es aquí esencial pues debemos recordar

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

¹⁸ En este caso, téngase en cuenta que el Tribunal de Casación Penal –órgano jurisdiccional del Poder Judicial– actúa como órgano jerárquico impropio del Ministro de Gobernación y Policía, es decir, actúa en sede administrativa y no judicial, siendo él quien agota la vía administrativa.

que estamos ante la eventual situación de una persona que ha venido residiendo legalmente en el país y que, por determinados motivos legales, se le pretende cancelar su residencia legal y expulsarla del país, para lo cual se le otorga poco tiempo para apelar la decisión y una única instancia para recurrir esta decisión. Se trata de una situación que, en la mayoría de los casos, afectará una multiplicidad de derechos fundamentales (vida familiar, derecho al trabajo, a la vivienda, etc.), y por ende no se puede pretender solventarse eludiendo las mínimas garantías constitucionales e internacionales en aras de la agilidad administrativa, sino todo lo contrario.

Si bien la Relatoría en su momento reconoció que al menos las personas pueden acudir en vía judicial a la Sala Constitucional, lo cierto es que no puede considerarse ésta opción como válida para la revisión de actos administrativos sancionatorios, por la propia naturaleza de este órgano constitucional.

De lo anterior concluimos que, tratándose de procesos que pretenden acabar con la imposición de una “pena”, como puede serlo la expulsión de un país, se hace indispensable que los mismos cuenten con la regulación adecuada que garantice los principios del debido proceso, entre ellos la intervención judicial, así como el poder contar con asistencia jurídica gratuita de oficio. En el caso de las personas que en el transcurso de estos procesos además deban sufrir la aplicación de una privación de libertad cautelar, la intervención de un juez no sólo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario.

Las lagunas en la regulación del debido proceso en materia migratoria que hemos señalado, no pueden ser admitidas. Recordamos que la jurisprudencia y doctrina costarricense han determinado que al gozar la administración del privilegio legal de imponer coactivamente sus decisiones así como verdaderas sanciones sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, es esencial que la imposición de este tipo de decisiones y la ejecución de los actos que las materializan, sean producto de un procedimiento en el marco de los límites del ordenamiento (Piza Rocafort, en Castro Loria 2008)

3.3 El régimen especial de privación de libertad administrativa

Como hemos señalado anteriormente, ante el hecho de que las autoridades de migración y extranjería consideren que una persona extranjera no cuenta con los requisitos de ingreso y permanencia y que no es posible regularizar su situación migratoria, la DGME podrá iniciar los procedimientos administrativos que considere pertinentes. Tanto para realizar los procedimientos de salidas forzosas, como para asegurar el acto administrativo de la futura ejecución de una deportación o expulsión, las autoridades pueden hacer uso de medidas cautelares.

Se establece así que tanto la DGME en el caso de la deportación como el Ministerio de Gobernación y Policía en el caso de la expulsión podrán dictar las medidas cautelares razonables y necesarias para garantizar el resultado de los procedimientos administrativos, y podrán para ello solicitar la colaboración de las distintas policías (artículo 190). Las medidas previstas en la ley son una orden de

presentación periódica ante las autoridades o la emisión de una orden de aprehensión cautelar de la persona extranjera por el tiempo estrictamente necesario para completar el procedimiento administrativo y su ejecución (artículo 208, 217). La **aprehensión cautelar** se presenta por tanto esencialmente como una función de la policía especial de migración (art. 18).

Son estas las únicas normas expresas que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico respecto de este instituto, lo cual resulta verdaderamente preocupante, tratándose de una verdadera medida de privación de la libertad ambulatoria, dictada mediante acto administrativo, sin control jurisdiccional, sin plazo máximo, lo cual irrespeta a todas luces garantías fundamentales.

Vemos así que, en contradicción con principios constitucionales y con la normativa internacional aceptada por Costa Rica, la LGME N° 8487 faculta a disponer de la detención de una persona extranjera por infracción a normativa administrativa -no penal- sin necesidad de orden judicial previa y sin ningún tipo de control jurisdiccional durante el procedimiento de detención, internamiento, expulsión o deportación del país. La detención, así como la decisión de internar a alguna persona en el Centro para Extranjeros, es una decisión que recae en un órgano administrativo, policial, que no requiere motivación alguna, sino simplemente la sospecha de que esta persona pueda encontrarse en situación de irregularidad administrativa.

Lo anterior no es una realidad nueva, sino simplemente una situación de irrespeto de los derechos humanos, a nuestro parecer, completamente invisibilizada en el país. Hace más de veinte años, por lo menos¹⁹, que existe la figura de la "aprehensión cautelar" en nuestra legislación, con espacios de ejecución de la medida que constituyen auténticos lugares de privación de libertad, creados de facto, funcionando sin ningún tipo de regulación normativa, eludiendo la constitucional exigencia de reserva legal para su existencia. Podemos decir que estos lugares de detención vienen funcionando como verdaderas "zonas sin derecho".

En la actualidad, la ejecución de estas medidas se lleva a cabo en distintos lugares (comisarías de policía, hoteles) pero principalmente en el llamado Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Tránsito que se ubica en unas instalaciones que la Dirección General de Migración y Extranjería arrienda y que fueron acondicionadas para ubicar a estas personas en un lugar más adecuado que las comisarías de policía que habían venido siendo el habitual lugar de detención en estos casos. Según datos de la Defensoría de los Habitantes, este nuevo local *"reúne mejores condiciones de infraestructura que el anterior, pero aún conserva un modelo de "cárcel" más que de albergue, como corresponde por tratarse la materia migratoria de infracciones administrativas y no criminales."* Sin embargo, el Centro continúa con graves problemas de funcionamiento, pues las autoridades señalan, de las dificultades para atender la situación, particularmente de mujeres y personas menores de edad. Para ello se trabaja en la creación de un reglamento interno de funcionamiento.

¹⁹ En efecto, la detención administrativa de extranjeros en condición de irregularidad migratoria ("aprehensión cautelar") viene operando como mínimo desde la Ley del 86, donde, igualmente, se relegaba a la actividad reglamentaria la regulación concreta de esta modalidad de detención; sin embargo, el Reglamento de la Ley del 86 tampoco reguló este tema.

En repetidas ocasiones la Sala Constitucional ha ordenado a las autoridades de Migración y Extranjería, así como al Ministerio de Seguridad Pública, que debe disponer de un lugar adecuado para los *extranjeros en situación irregular* detenidos, que cuente con las condiciones básicas para garantizar su dignidad y su derecho a la salud, garantizando la separación de hombres y mujeres, así como de los detenidos por delito con respecto a los infractores administrativos, debiendo contar con condiciones tales que se cumplan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas de la ONU.

Resulta igualmente inaceptable que no se defina legalmente un plazo máximo para la duración de esta privación de libertad llamada aprehensión cautelar. Lastimosamente desde el año 2003, la Sala Constitucional avaló la constitucionalidad del no establecimiento de un plazo límite para la detención administrativa de personas extranjeras, argumentando que "(...) las autoridades de migración tienen la potestad de restringir la libertad de un extranjero que permanezca ilegalmente en el país y durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su deportación o expulsión, circunstancia en la cual no rigen las veinticuatro horas a que se refiere el artículo 37 constitucional, que específicamente se refiere a la comisión de delito".²⁰

Consideramos que, erróneamente en esta ocasión, el órgano constitucional establece diferencias entre las garantías fundamentales que conllevaría la privación de libertad de las personas, según se trate de la privación por comisión de una falta administrativa o de la comisión de una falta penal. Lo que en realidad se está admitiendo es la existencia de menores garantías procesales y, por tanto, de mayor gravedad para aquellas personas que han cometido una falta de carácter simplemente administrativo, en relación a aquellas que han cometido una de carácter penal. Consecuentemente, estas menores garantías con respecto a la privación de libertad estarían recayendo siempre sobre personas extranjeras, puesto que son ellas las destinatarias únicas de la invención de la "privación de libertad administrativa", generando una evidente discriminación hacia ellas.

La definición de plazos máximos en materia de privación de libertad, sobre todo en materia de privación de libertad preventiva en materia penal (sancionadora), que hasta ahora se han desarrollado como garantías de los procesos de naturaleza penal como límites al poder punitivo del Estado, constituye un logro invaluable en la protección de los derechos humanos de las personas sometidas a un proceso, en tanto se garantiza la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas estatales. Al menos, estas mismas garantías mínimas deberían aplicarse en los casos de restricciones de carácter administrativo a la libertad, tomando en cuenta que se limitaría así el amplio poder discrecional de la Dirección General de Migración y la sometería a un mejor control de legalidad.

De lo anterior debemos decir que la situación resulta preocupante en lo que concierne a la falta de garantías, sobre todo procesales, para las personas sometidas a este régimen, pues se ignoran los compromisos internacionales asumidos por ejemplo con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos que exige que "*toda persona detenida o retenida, debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro*

²⁰ Voto N° 12.929 del año 2003

funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, sin establecer diferencias entre la naturaleza de la detención. De no garantizarse lo anterior tampoco podría garantizarse otro de los derechos establecidos en la misma convención, cual es el de que “ toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sin demora sobre la legalidad de su arresto o detención” .

El Estado costarricense se encuentra por tanto en la obligación de regular legalmente la existencia de estos lugares de detención, y de definir un plazo máximo para esta detención, pasado el cual, debería ponerse en libertad a quien se haya visto sometido a esta decisión, siendo inadmisibles su existencia al margen de la legalidad, o incluso al amparo de normativa infralegal.

El proyecto de reforma integral a la Ley N° 8487 (*N° 16594*), actualmente en discusión en la asamblea legislativa, prevé algunas modificaciones legales que pretenden mejorar la aplicación del instituto de la aprehensión cautelar, pero que, a nuestro parecer, son aún insuficientes para garantizar los derechos fundamentales mínimos de esta población y el respeto a la voluntad constitucional. También debe reconocerse que las autoridades migratorias se han preocupado por intentar mejorar dicha regulación y la ordenación de las prácticas administrativas que han girado en torno a la ejecución de dicha medida, sin embargo, los esfuerzos son aún insuficientes.

Resulta urgente la regulación del ya existente (de facto) Centro de Detención y la adecuación de sus condiciones básicas para garantizar los derechos fundamentales de quienes allí se encuentren; sin embargo, nos preguntamos si con esta posición, que en el corto plazo evidentemente plantea mejoras indispensables en las condiciones de estadía de las personas en estos centros, no estamos contribuyendo, a su vez, a la legitimación de una nueva institución de encierro.

El tema es sin duda complejo, sobre todo considerando que nuestra intención está lejos de querer contribuir a esta legitimación. Sin embargo, inspirados en el pensamiento del profesor Baratta (1991), diremos que el reconocimiento de la violación de los derechos fundamentales de las personas, en particular de aquellas sobre las cuales recae la decisión estatal de ser encerradas, así como la existencia comprobable de zonas de no derecho, no pueden esperar una revolución social. Concordamos con el maestro italiano en que, ante cualquier situación de encierro, cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas las condiciones de vida debe ser mirado con respeto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y no en un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean las de legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución carcelaria en su conjunto.

Sin embargo, lo que más nos preocupa y consideramos que debería plantearse como el debate de fondo, es el cuestionamiento del fundamento y la validez misma de esta opción custodial para ilícitos de carácter no penal, lo cual implica un profundo análisis sobre la constitucionalidad de normas que permitan la privación de libertad por motivos de carácter “no penal”. Lamentablemente, ante la posibilidad de buscar opciones a los conflictos jurídicos, constatamos una vez más la opción estatal por no escoger una verdadera alternativa a la libertad.

Lo cierto es que la normativa costarricense ha creado desde hace veinte años un régimen especial de privación de libertad (por muy temporal, cautelar que pretenda ser) de aplicación particular a personas extranjeras, por ser ellas las únicas posibles vulneradoras de los mandatos administrativos de esta normativa. Un régimen que ha venido existiendo de facto, sin ningún tipo de control legal ni jurisdiccional, ni de interés por la situación de estas personas, salvo por los muy recientes pronunciamientos de la Defensoría de los Habitantes. Un régimen que, bajo el manto de su naturaleza administrativa, se permite privar de libertad a personas sin garantizarles el respeto de los derechos básicos que, a lo largo de años de lucha, se han logrado tanto a nivel mundial como a nivel nacional. Las garantías fundamentales, sustanciales y procesales, han sido concebidas como claros límites para el Estado en beneficio de aquellos que deban verse sometidas al su poder, sobre todo cuando se trata del sometimiento a un proceso sancionatorio/represivo, y a su eventual pérdida de libertad a causa de este proceso.

Parece ser que la privación de libertad, hasta ahora respuesta clásica para hechos criminales, trasciende este ámbito, pero desprovista de las reglas jurídicas fundamentales con las que se han venido limitando las facultades estatales de intervención. Nos hace esto pensar si no estaremos ante la instauración y consolidación de verdaderos espacios de “excepción” donde algunas reglas tradicionales son severamente aplicadas y, otras, arbitrariamente desaplicadas.

Podríamos decir con Dal Lago (2005) que se ha constituido un doble régimen jurídico, uno para el incluido y otro para el excluido, en la medida en que el ordenamiento jurídico en un determinado territorio no se aplica completamente a determinada categoría de personas, en este caso a los extranjeros, creando un régimen con nuevas normas perjudiciales y discriminatorias.

Esta situación no se corresponde con el reconocido Estado democrático costarricense. Sin embargo, parece ser que éste se ha dejado llevar por la alarma social y el discurso securitario político y mediático, y se convierte en cómplice de la “a-legalidad” -en terminología de Dal Lago (2005)- y de la vulneración de derechos fundamentales de las personas extranjeras en nombre de una necesidad superior, el resguardo de las normas del Estado, puestas en peligro por estos colectivos socialmente peligrosos. La creación de “cárceles administrativas” y la falta de garantías procesales para las personas sometidas a los procesos de rechazo, expulsión y deportación del país constituyen, hoy en día, una de las manifestaciones más contundentes del endurecimiento de los mecanismos de control punitivo del Estado costarricense y no guarda relación alguna con su reconocida tradición internacional de garantismo en materia de derechos fundamentales.

4. El proceso de reforma integral de la legislación migratoria

Como hemos señalado, la gestión estatal del fenómeno migratorio ha venido produciendo desde hace décadas fuertes tensiones entre las políticas restrictivas y los reiterados esfuerzos de algunos organismos públicos y de la sociedad civil por establecer límites a las mismas.

Por ello, y como resultado de un proceso de amplia consulta a diversos sectores públicos y de la sociedad civil, el Poder Ejecutivo presentó a la Asamblea Legislativa el *Proyecto de Reforma a la Ley de Migración y Extranjería*, publicado en la Gaceta N° 76 del 20 de abril del 2007, el cual pretende una reforma integral al vigente cuerpo normativo.

En cuanto a los aspectos positivos de este proceso de reforma, recalcamos que en el Proyecto se evidencia la voluntad política por reformar dicha normativa con un importante cambio del discurso legal y del enfoque respecto al tratamiento del fenómeno migratorio. El aspecto controlador y represivo, así como las vinculaciones con el sector de la seguridad pública se atenúan y se intenta dar prioridad a un enfoque más respetuoso de los derechos humanos (art. 1) que promueve ante todo “la integración” (arts. 3, 5) de la población migrante en aras de la sostenibilidad del Estado social costarricense. En consonancia con ello, resulta importante el establecimiento expreso vía legal del compromiso de las autoridades administrativas de implementar futuros procesos de regularización migratoria (arts. 6, 7) lo cual abre la posibilidad de garantizar la adscripción de esta población a la seguridad social (art. 7g).

En cuanto al procedimiento para la verificación de condición migratoria y ejecución de órdenes de salida forzosa, se señalan también importantes avances para su acercamiento a un mayor respeto de las garantías fundamentales, a pesar de que siguen existiendo puntos esenciales por revisar que esperamos sean revisados y modificados durante el proceso de discusión.

Respecto de la aprehensión cautelar, uno de los avances del proyecto es la introducción de algunos plazos de detención según la etapa del procedimiento iniciado por parte de las autoridades migratorias (aprehensión cautelar por máximo 24 horas, detención administrativa para la realización del procedimiento por 30 días prorrogables, y detención administrativa para la ejecución de la orden por máximo 30 días prorrogables), así como la obligatoriedad de que dichas autoridades emitan una resolución debidamente fundamentada para efectos de ampliación de los plazos establecidos. A nuestro parecer, a pesar de que, sin duda estas reformas presentarían mejoras en la situación de las personas detenidas, siguen siendo no solo insuficientes, sino incompatibles con las normas constitucionales, a pesar del criterio emitido por la Sala Constitucional anteriormente citado.

De modo general, las veinticuatro horas previstas para verificación de condición migratoria parecen constituir un plazo máximo razonable, y conforme al Derecho constitucional, para que las autoridades migratorias que consideren que excepcionalmente deben detener a alguien, puedan hacerlo, siempre y cuando las detenciones se practiquen en lugares adecuados para estos fines. Lo que no parece en ningún momento acorde con la Constitución Política es que dicho plazo pueda ser prorrogado por tiempo indefinido una vez más, por la propia Dirección General, por tratarse de un órgano administrativo. La regla general que debería regir es que estas veinticuatro horas deberían constituir el único plazo a favor de las autoridades migratorias para que mantengan aprehendida a una persona antes de ponerla en todo caso a la orden de un juez.

Si acudimos a los principios garantistas constitucionales, especialmente el del artículo 37 que exige la intervención judicial para aquellas detenciones que pretendan sobrepasar las veinticuatro horas concedidas a autoridades no judiciales, consideramos que este límite debe ser aplicado en caso de que se decida mantener este tipo de privación de libertad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico.

5. A modo de conclusión, algunas reflexiones sobre la construcción de la inmigración como un problema social

En las últimas décadas el orden internacional ha llamado la atención sobre los movimientos de personas en el mundo. En la medida que ese orden internacional supone niveles locales de atención, es común, por tanto, que en la mayoría de los países, desde diferentes sectores sociales y de opinión pública, se reclame a los gobiernos la adopción de políticas más severas para enfrentar lo que es construido y vivido como un problema social. Consideramos nosotros que es este proceso de construcción de la realidad migratoria como un asunto problemático la que genera un círculo vicioso que permite la creación de políticas y normativas que la gestionan, efectivamente, como un problema y que contribuyen a su percepción, permanencia y perpetuación como tal.

Hemos intentado durante esta reflexión preguntarnos cómo y por qué estamos construyendo el fenómeno migratorio como un problema en vez de profundizar en su conocimiento para mejor comprenderlo y abordarlo. La inmigración es un fenómeno social, es decir, un fenómeno que construimos colectivamente atribuyéndole unas características que no le son propias, que no son "constitutivas" de su "naturaleza", sino que nacen de nuestra propia relación con ese fenómeno (Berger y Lukman 1998, Santamaría 2000)

Sin embargo, los discursos predominantes intentan hacernos creer que el fenómeno migratorio es naturalmente, ontológicamente, problemático para las sociedades actuales. Cabe entonces preguntarse hasta qué punto la percepción generalizada de la cuestión migratoria como un problema no es un asunto sobredimensionado y, por otro lado, en qué medida las políticas que se proponen constituyen respuestas inadecuadas y, en vez de contribuir a su entendimiento terminan transformando este fenómeno en una fuente de conflicto social. Así, los discursos mediático y político tienden a crear vinculaciones entre inmigración, delincuencia e inseguridad, sobrecarga del sistema educativo, choque cultural, falta de empleo por desplazamiento, colapso de los sistemas de seguridad social.

Partiendo de la importancia que debemos atribuirle al papel que juega el lenguaje como elemento constituyente de las situaciones sociales, no debemos dejar de lado en este análisis el papel que los medios de comunicación juegan en la construcción de realidades como el de las migraciones, y, en muchos casos, de las alarmas sociales alrededor del tema. En el caso costarricense, no podemos obviar que el tratamiento mediático de las noticias vinculadas al tema migratorio contribuye a expandir y reforzar los principales estereotipos o imágenes sociales que se le atribuye a los inmigrantes, sobre todo a los nicaragüenses. Son los propios medios quienes, haciendo uso de su capacidad de construir realidad, precisamente, han

colaborado en la construcción de la inmigración como un problema social, asociado a la incapacidad del Estado para hacer frente a las grandes cantidades de personas que vienen al país así como a su implicación en el aumento de la criminalidad y la violencia.

De todas estas vinculaciones construidas sobre la inmigración, nos hemos interesado concretamente en aquellas que vinculan inmigración con aumento de la inseguridad y de la propia delincuencia. Sabemos que el interés de los medios por el delito no es algo novedoso (Barata, 1991), así que, si a este interés mediático, le sumamos el actual por los asuntos migratorios, resultará de interés analizar los vínculos directos o indirectos que entre estos se trazan.²¹ En un contexto como el costarricense, donde se ha creado una gran alarma social y un sobre dimensionamiento en relación al tema de la inmigración, sobre todo de personas nicaragüenses, y donde se señala constantemente la imposibilidad del Estado para hacer frente a esas cantidades de inmigrantes, los vínculos creados entre inmigración y delincuencia han permitido generar los espacios y momentos propicios para realizar cambios legislativos, ante una población que exige respuestas ante lo que se ha construido como la realidad del momento.

Este ha sido sin duda el caso, a nuestro parecer, de la creación de las dos legislaciones principales que el país ha tenido en materia de migración y extranjería. La primera de 1986 tendiente a regular la incontrolada inmigración proveniente de los países centroamericanos; la segunda, del 2005, tendiente a “modernizar” el sistema de migración y de extranjería del país –entiéndase, intensificar los controles- para hacer mejor frente a los graves problemas que, según la opinión popular y mediática, sigue planteando la llegada de determinado tipo de personas extranjeras. En el caso de la reforma actual, pareciera ser que la dureza de las anteriores legislaciones ha traído nefastas consecuencias en materia de derechos humanos de la población migrante, así como importantes repercusiones para el ingreso de mano de obra extranjera necesaria para el desarrollo del país.

Del análisis realizado podemos decir que, en general, en el mundo contemporáneo se confirma que los movimientos migratorios han pasado de ser considerados factores de desarrollo a ser interpretados primordialmente como factores de riesgo. Con base en estas ideas es que relacionamos su creación y construcción como *un problema social* por parte los actores que tienen poder de generar realidad, entre los cuales se encuentran como los más importantes, tanto los productores y aplicadores del Derecho, como los propios medios de comunicación, y se verifica aquí la indudable influencia del discurso securitario en las políticas contemporáneas de control de la inmigración.

Sin embargo, creemos que el malestar social que se percibe en las sociedades contemporáneas, reflejado en el aumento de las tensiones individuales y sociales, así como en las formas cada vez más violentas de afrontar los conflictos cotidianos, no puede ser desligado del aumento de la sensación de

²¹ Para el caso de Costa Rica, Sandoval (2006) ha realizado un exhaustivo análisis sobre las representaciones que históricamente se han hecho por ejemplo de los nicaragüenses en la prensa costarricense, y ha afirmado que históricamente, los nicaragüenses han sido representados como “conflictivos”, tanto a nivel individual como institucional.

confusión, temor e inseguridad de esta sociedad cada vez más incierta en la que nos toca vivir. A nuestro parecer, sin duda, el aumento de esta incertidumbre tiene relación con el avance de los procesos transnacionales y particularmente del modelo neoliberal propulsado por la globalización, donde el Estado Social se va debilitando, y generan al decir de Zaffaroni (2006) "nuevos fenómenos de exclusión social donde existe un segmento entero de la población que está de más y que es descartable". Es esta situación la que, según el profesor argentino, se constituye como la base para la construcción y consolidación de la llamada actualmente "sociedad del riesgo", que no serían otra cosa que el marco represivo que se da en el contexto de una grave crisis del Estado Social o de Bienestar, es decir, "una regresión colectiva en términos de equidad social con una magnitud sin precedentes".

Si sobre determinados grupos sociales recae la inequitativa distribución del ingreso y la exclusión, sobre ellos mismos recaerán también los nuevos mecanismos de control (De Giorgi, 2006). Al decir de De Giorgi, las actuales políticas gubernamentales han pasado de "*disciplinar la carencia productiva de las subjetividades*" a "*limitar externamente (controlar) su excedencia*". El control no se dirige ya de forma prioritaria a individuos concretos sino que se proyecta sobre sujetos sociales, sobre aquellos grupos considerados socialmente peligrosos, y es en esta medida en que el control adopta formas de gestión del riesgo, donde los cálculos apuntan a una redistribución del riesgo más que a su reducción, lo que provoca segmentos permanentemente marginalizados, excedentarios que son cada vez más objeto de políticas de control excluyente y cada vez menos de políticas de inclusión. Es así como las personas migrantes se convierten, entre otros, en parte de los considerados nuevos grupos sociales de riesgo generándose una creciente y evidente centralidad de las políticas de control sobre ellos. Por tanto, la construcción de una determinada imagen del inmigrante, relacionada con los conflictos sociales y, particularmente, delictivos se presenta en realidad como otro de los mecanismos de control que operan sobre estas poblaciones.

Según Tsoukala (1997), ésta "*securitización*" de la inmigración encuentra correlación con modificaciones en las modalidades de control, puesto que estas ya no se enfocan solamente en las personas que pretenden ingresar al territorio, sino que se expanden a controlar las actividades de aquellos que se encuentran, incluso legalmente, ya instalados en un determinado territorio. Se realiza así un control externo (sobre todo en las fronteras), un control interno (al interior del territorio) y un control societal sobre los modos de vida de las personas. Se explica así que, como hemos podido observar para el caso costarricense, efectivamente, los controles sobre las personas extranjeras no se limitan al control meramente fronterizo sobre su ingreso, sino que permiten, con respaldo legal, la posibilidad de que las autoridades de migración y policía realicen frecuentemente controles a estas personas sobre sus lugares de trabajo, su acceso a la seguridad social e, incluso, a sus casas de habitación.

Si la inmigración ha sido construida como un problema social, la figura del "inmigrante ilegal", se construye sobre la idea de clandestinidad y, por tanto, de sus necesarias vinculaciones con el mundo de la desviación al que su propia condición de ilegalidad le obligaría a acercarse. Recae así sobre ellos el "estigma" (Goffman) marca social descalificadora que impide que estos individuos sean plenamente

aceptados en la sociedad por su “peligrosidad social”, al considerárseles potenciales desviados sociales y, por ello, potenciales clientes del sistema penal. Es este uno de los primeros pasos para su criminalización.

Luego, las mismas agencias del sistema penal dinámico (sobre todo la policía, pero también los jueces, y sin duda alguna, la cárcel) también funcionan sobre esta idea y convierten a los extranjeros/inmigrantes en blanco privilegiado de sospechas y de sus acciones como si sus meras conductas de entrada y permanencia irregular hubieran sido constitutivas de un ilícito penal.

Lo que normalmente no se toma en cuenta es que son los propios mecanismos legales e institucionales elegidos los que colaboran en esta construcción de estigma y criminalización de estas poblaciones. Para ello baste, por ejemplo, el análisis de las consecuencias que comporta la decisión política y legislativa de escoger la aplicación de una medida de privación de libertad sobre determinadas personas por el mero hecho de considerárseles en situación de irregularidad administrativa, aunque pretenda ésta ser presentada como una medida de carácter estrictamente temporal para garantizar los resultados de un procedimiento administrativo y no de naturaleza estrictamente sancionatoria.

El estudio de la construcción del fenómeno migratorio como un problema social no puede desligarse de los múltiples cambios que atraviesa el sistema mundial, sobre todo en lo que se relaciona con la evidente pérdida de protagonismo del Estado en múltiples ámbitos de la vida social e, incluso, jurídica, así como el cuestionamiento sobre la validez y los límites de la propia forma-Estado en el mundo contemporáneo. La ideología y la práctica del neoliberalismo, en combinación con las operaciones transnacionales de las grandes empresas y de las agencias internacionales, han supuesto la difuminación del protagonismo del Estado Nación en el sistema mundial con graves implicaciones en materia de políticas sociales. Sin embargo, a nuestro parecer, esto no supone el desentendimiento del Estado en todos los ámbitos de la vida social, puesto que hay ámbitos en los cuales toma incluso mayor protagonismo, como lo es por ejemplo el ámbito del control de las personas, la seguridad y el castigo. Es lo que ha sido llamado por Wacquant (2000), como el paso del Estado Providencia al Estado Penitencia.

En Costa Rica, la discusión sobre la inmigración de las últimas décadas no puede desligarse del contexto del deterioro y declive del Estado Social y democrático de Derecho. En tanto que Estado Social, se ha visto debilitado por la disminución de la inversión pública en infraestructura, servicios sociales y la cada vez más dificultosa posibilidad de movilidad social. Como han señalado algunos autores, no es para nada casual que la racialización de la comunidad nicaragüense haya coincidido con el declive de este Estado Social (Sandoval, 2006). En tanto que Estado Democrático de Derecho, se ve seriamente cuestionado ante la complicidad en la vulneración de derechos fundamentales de las personas extranjeras que deban verse sometidas a los procedimientos administrativos de migración y extranjería, y sobre todo, ante la verificación de la existencia, durante décadas, de verdaderas zonas de no derecho, como lo son los lugares habilitados para la detención administrativa de extranjeros que no cuentan siquiera con la mínima normativa de creación ni funcionamiento.

Sin duda, los procesos transnacionales, como la globalización, han acentuado y propiciado la aceleración de los flujos migratorios y su visibilidad, y han cuestionado muchos de los conceptos que han mantenido en pie a los tradicionales Estados-Nación. Conceptos como nacionalidad, soberanía, frontera, son cada vez más difíciles de definir. Por ello, coincidimos con los múltiples autores que consideran que uno de los grandes desafíos del mundo contemporáneo, sobre todo para las ciencias sociales, es generar nuevos marcos conceptuales que permitan inéditas formas de conocimiento y nuevas interpretaciones así como proponer nuevas aproximaciones y prácticas que, atendiendo a las relaciones de alteridad y respetando la singularidad, permitan recrear lo social o hagan imaginable una refundación de las prácticas sociales (Sassen, 2007).

Ello podría permitirnos, tal vez algún día, no dar por sentado que la forma estado nación, como espacio recogido dentro de fronteras excluyentes, es el único modelo posible de organización social. Ello podría permitirnos re-pensar un modelo social que acepte y se nutra de las diferencias, que no intente crear ni imponer culturas de pretensión universal y que nos permita, en fin, soñar con un mundo sin desigualdades ni exclusiones, aunque esta idea suene, todavía, a utopía.

Bibliografía

- BARATTA, Alessandro (1991). *Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. En: No Hay Derecho N° 3. Buenos Aires.
- BENHABIB, Seyla (2005). *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Editorial Gedisa, Barcelona. (Primera edición en inglés: *The Rights of Others. Aliens, residents and citizens*. Cambridge University Press. 2004)
- BERGALLI, Roberto (coordinador) et alii (2006). *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*. Editorial Anthropos y Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona. Barcelona.
- BERGER, Peter, y LUCKMAN, Thomas (1998). *La construcción social de la realidad*. Editorial Amorrortu. Buenos Aires.
- CASTRO LORÍA, Juan Carlos (2006). *Derecho administrativo sancionador y garantías constitucionales*. Editorial Jurídica FPDP. San José, Costa Rica.
- CERDAS, Sandra y UBEDA, Gioconda (1988). *Migración irregular en Costa Rica*. Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- DAL LAGO, Alessandro (2005). *La guerra-mundo*, en Política criminal de la guerra, Revista Desafío(s) N°1. Anthropos Editorial. Barcelona.
- DAL LAGO, Alessandro (2000). *Personas y no-personas*. En: *Identidades comunitarias y democracia*. Editorial Trotta. Madrid.
- DE SOUZA SANTOS, Boaventura (2000). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Volumen I. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao.
- DE SOUZA SANTOS, Boaventura (2005). *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Editorial Trotta/ILSA. Madrid.
- DE GIORGI, Alessandro (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Editorial Traficante de sueños. Madrid. (Primera edición en italiano: *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*. Ombre Corte. Verona, 2002)
- QUESADA CAMBRONERO, Joaquín Elías (1964). *Estudio para legislación unificada costarricense en materia de migración*. Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

- MONCLUS, Marta (2005). *Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial*. En: Política criminal y sistema penal, viejas y nuevas racionalidades punitivas. Anthropos Editorial y Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona. Barcelona.
- MONCLÚS, Marta (2008). *La gestión penal de la inmigración*. Editores del Puerto. BsAs Argentina.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki y DOBÓN, Juan (Compiladores) (2006). *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*. Editores del Puerto. Argentina.
- SANDOVAL GARCIA, Carlos (2006). *Otros amenazantes. Los nicaragüenses y la formación de identidades nacionales en Costa Rica*. Editorial de la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- SANTAMARIA, Enrique (2002). *La incógnita del Extranjero*. Editorial Anthropos. Barcelona.
- SASSEN, Saskia (2007). *Una sociología de la globalización*. Editorial Katz. Buenos Aires.
- TSOUKALA, Anastassia (1997). *Contrôle de l'immigration : mythes et réalités*. En: Revista Cultures & Conflits n° 26-27. pp.9-14. Francia.
- WACQUANT, Loïc (2000). *Las cárceles de la miseria*. Ediciones Manantial. Buenos Aires.
- ZAFFARON, Raúl (2006). *La cultura del riesgo*. En: *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*. Editores del Puerto. Argentina.

Informes:

- *Gente en movimiento: características y dinámicas de las migraciones internacionales en Centroamérica*. Proyecto Estado de la Región, en Convenio con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Costa Rica. 1999.
- *Redes transfronterizas. Sociedad, empleo y migración entre Nicaragua y Costa Rica*. Por Morales Abelardo y Castro Carlos. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO. Costa Rica, 2002.
- *Informe Anual de Labores 2003-2004*. Defensoría de la Habitantes de la República de Costa Rica.
- *Undécimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*. Programa Estado de la Nación Costa Rica. San José, Costa Rica. 2005.
- *Plan Nacional de Desarrollo Jorge Manuel Dengo Obregón 2006-2010*. Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica de Costa Rica (MIDEPLAN).2006
- *Informe Anual de Labores 2006-2007*. Defensoría de la Habitantes de la República de Costa Rica.
- Defensoría de los Habitantes. Criterio de la Defensoría de los Habitantes al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, expediente N° 16594. 2007.