

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho

“Los Derechos Humanos de la persona migrante frente a la
Administración Pública en la aplicación de la Ley General de
Migración y Extranjería”

Sebastian Alvarado Herrera

2009

A mis papas, por su apoyo
incondicional.

Índice General

Introducción.	2
<u>Título Primero: Derechos humanos de la persona migrante y potestades de la Administración Pública.</u>	5
<u>Capítulo I. Derechos humanos de la persona migrante a nivel internacional y en el régimen costarricense.</u>	5
Sección I. Consideraciones generales de Derechos Humanos.	5
A. Disposiciones generales.	5
B. Fuentes.	12
a. Tratados internacionales.	15
b. Derecho consuetudinario.	17
c. Los principios generales del derecho, doctrina y jurisprudencia.	19
d. Recomendaciones y resoluciones de organismos internacionales.	21
C. Instrumentos reconocidos a nivel internacional.	22
D. Mecanismos de protección.	29
a. Corte Internacional de Justicia de la Haya.	29
b. Corte Interamericana de Derechos Humanos.	30
c. La Corte Penal Internacional.	31
Sección II. Consideraciones sobre derechos humanos dentro del régimen costarricense.	32

A. Derechos fundamentales reconocidos.	32
B. Jerarquía en relación con el derecho interno.	50
Sección III. Legislación migratoria costarricense.	55
A. Elementos esenciales de la legislación migratoria.	55
a. Migrante y migración.	55
b. Legislación migratoria integral.	58
B. Principios generales.	60
a. Igualdad ante la ley.	61
b. Régimen de los extranjeros.	63
c. Soberanía Nacional.	65
C. Ley General Migración y Extranjería.	66
<u>Capítulo II. Potestades de la Administración Pública.</u>	<u>69</u>
Sección I. Principio de legalidad de la administración.	69
A. El estado de derecho y poder público.	69
B. Principio de legalidad y reserva de ley.	71
C. La atribución de potestades.	75
Sección II. Alcance de las potestades de la administración.	78
A. Potestades regladas y potestades discrecionales.	78
B. Conceptos determinados e indeterminados.	81
C. Control de la discrecionalidad.	83

a. Control de los elementos reglados:	
el control del fin y la desviación de poder.	84
b. Control de los hechos determinantes.	86
c. Control por los principios generales del derecho.	87
D. Discrecionalidad y arbitrariedad.	87
Sección III. Potestades administrativas en materia migratoria.	88
A. Atribución de potestades por la LGAP.	88
B. Atribución de potestades específicas.	90
a. Consejo Nacional de Migración.	91
b. Dirección General de Migración y Extranjería.	92
c. Policía de Migración y Extranjería.	94
d. Agentes de migración en el exterior.	95
C. Interpretación Jurisprudencial.	96
<u>Título Segundo: Régimen jurídico migratorio y afectación a Derechos Humanos</u>	
<u>en la actividad material de la administración.</u>	<u>99</u>
<u>Capítulo I. Régimen jurídico y protección de derechos fundamentales.</u>	<u>99</u>
Sección I. Establecimiento de la política migratoria.	99
A. Ley General de Migración y Extranjería.	99
B. Alcances de la política migratoria.	101
a. Criterios para establecer la política migratoria.	101
b. Política migratoria según la legislación costarricense.	107

c. Interpretación jurisprudencial.	111
---	-----

Sección II. Aplicación de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico costarricense.114

A. Administración y protección a favor del administrado.	114
a. Ejecutoriedad de los actos administrativos.	121
b. Actuaciones materiales legítimas.	123
c. Actuaciones materiales ilegítimas: la vía de hecho.	124
B. Defensa ante las vías de hecho de la administración en la legislación nacional.	128
a. El control constitucional.	134
b. Jurisdicción Contenciosa.	136
c. Garantías Constitucionales.	137

Sección III. Escenario interno y regional.140

A. Posición de la Sala Constitucional.	140
B. Restricciones, limitaciones e injerencias.	142
C. Violaciones más comunes hacia los migrantes según experiencia internacional.	145
D. Corte Interamericana de Derechos Humanos.	151

Capítulo II. Afectación a derechos humanos en la actividad material de la Administración.158

Sección I. Principio de Igualdad.	158
A. Soberanía y régimen de extranjeros.	158
B. Aplicación administrativa.	162
C. Discriminación e intolerancia.	164
Sección II. Libertad de tránsito.	168
A. Potestad sancionatoria de la Administración.	168
B. Aprehensión cautelar y detención.	170
C. Discrecionalidad y constitucionalidad.	176
Sección III. Debido Proceso.	184
A. Ausencia de procedimientos y fases recursivas.	184
B. Violación a derechos adyacentes.	193
Sección IV. Principio de Inocencia.	197
A. Rechazo por motivos discriminatorios.	197
Conclusiones.	207
Bibliografía y fuentes.....	221

Índice de Abreviaturas

CCSS: Caja Costarricense del Seguro Social.

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DGME: Dirección General de Migración y Extranjería.

ICT: Instituto Costarricense de Turismo.

LGME: Ley General de Migración y Extranjería.

LGAP: Ley General de Administración Pública.

MSP: Ministerio de Seguridad Pública.

OIT: Organización Internacional de Trabajo.

OIM: Organización Internacional para las Migraciones.

Ficha Bibliográfica.

Administración Pública.

Derechos Humanos.

Derechos Fundamentales.

Discrecionalidad.

Ley de General de Migración y Extranjería.

Migrante y migración.

Política Migratoria.

Potestades administrativas.

Régimen de Extranjeros.

Resumen.

La presente investigación nace ante la inquietud de desarrollar un tema de actualidad que sirva como aporte en el análisis y elaboración de una política migratoria integral.

El desarrollo del tema de Derechos Humanos es complicado, toda vez que se encuentra en constante desarrollo según las condiciones históricas imperantes. A pesar de esto, la importancia que les reviste les ha valido posicionarse como normas de jerarquía trascendental dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

La Ley General de Migración y Extranjería es la encargada de establecer los derechos y obligaciones de los extranjeros dentro del territorio nacional. Complementariamente, el proceder de la Administración Pública se encuentra subordinado a lo establecido por el ordenamiento, motivo por el que debe existir un equilibrio entre las políticas públicas y el respeto a los derechos humanos.

A pesar de la necesidad de establecer parámetros de acción claros que garanticen el correcto actuar del Estado, en apego a las corrientes contemporáneas y a las obligaciones adquiridas a nivel internacional, no existe una dirección definida por la Administración en materia migratoria, por el contrario, encontramos como la misma Sala Constitucional, garante del correcto cumplimiento de las normas superiores, se contradice en reiteradas ocasiones.

Al concluir el trabajo, se llega a la conclusión de cómo la legislación es defectuosa, pero más alarmante aún, como la interpretación jurisprudencial deja vacíos ante un ya defectuoso actuar administrativo, colocando a una minoría vulnerable en una posición más delicada aún. No existe congruencia entre la supuesta política migratoria integral adoptada por el país y los parámetros legales que determinan el actuar administrativo, consecuencia de la carencia de una verdadera política pública definida.

Introducción.

Son los principios originarios del Estado de Derecho los encargados de velar por que este cumpla a cabalidad su fin último, servir al administrado. Son además, garantes de la protección que este debe brindar, función que alcanza su máxima expresión con el control judicial, el cual vela por la correcta aplicación de las normas de convivencia como última instancia en el resguardo de derechos fundamentales, los mismos que se encuentran unificados en el instrumento de mayor jerarquía jurídica dentro del estado costarricense, la Constitución Política. Esta no solo los reconoce, sino que es fuente de partida para todo cuerpo normativo que regule situaciones específicas.

Así, y como consecuencia de los cambios sufridos por el país las últimas décadas, urge la actualización de una legislación que aborde correctamente el tema de la migración, desafortunadamente, la alternativa propuesta en la ley nace en medio de críticas realizadas por los sectores involucrados, quienes expresan una posición uniforme al considerarle restrictiva y violatoria de los derechos humanos, por consiguiente, contraria a compromisos adquiridos por el Estado en instrumentos internacionales. Precisamente por este motivo nace la idea de realizar un estudio que sirva como aporte en la consolidación de una política migratoria integral.

El marco jurídico en materia migratoria es asignado a la Ley General de Migración y Extranjería, la misma que abriga los derechos y obligaciones de los extranjeros y delimita el marco de competencia de la Administración en apego a los principios de legalidad y reserva de ley. Por lo tanto, se trabajará bajo la hipótesis de que dicha Ley otorga amplias potestades a la Administración a la hora de interpretarla y aplicarla, sin contar con controles efectivos en cuanto a su actuación, lo cuál es inconveniente dado que esa práctica puede afectar derechos fundamentales del migrante, quienes se encuentran en una posición particularmente vulnerable frente el aparato estatal.

El objetivo principal del presente estudio, tiene como fin analizar la congruencia entre la aplicación práctica de la Ley de Migración y Extranjería por parte de la Administración Pública y el respeto a los derechos humanos de la persona migrante, a causa de la polémica que ha mediado alrededor de su creación por parte de diversos sectores sociales.

La investigación ha sido fundamentada tras el reconocimiento del destacado trabajo doctrinal, la consideración de legislación interna y convenciones internacionales relativas a la materia, así como a la revisión de jurisprudencia nacional. También se ha considerado la práctica internacional en el campo que concierne, de modo que se puedan precisar las principales afectaciones a derechos fundamentales.

El trabajo se encuentra dividido en dos apartados compuestos de dos partes cada uno. Como primer objetivo específico se realizará un esquema de los derechos humanos de la persona migrante, así como su jerarquía en el régimen constitucional costarricense, a modo de establecer un marco conceptual sobre estos derechos y su relevancia histórica. Inmediatamente se desarrollará el segundo objetivo específico, donde se estudiarán las potestades de la Administración Pública y los alcances de la misma en congruencia con la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional.

En la segunda parte se definirá el tercer objetivo específico sobre consideraciones relativas al desarrollo del régimen jurídico migratorio, específicamente sobre las normas relacionadas con las personas migrantes en Costa Rica y los parámetros utilizados en ese proceso. Seguidamente se pasará a definir el cuarto y último objetivo específico, el cual consiste en la exposición de posibles afectaciones a los derechos fundamentales del migrante en la aplicación práctica de la Ley de Migración y Extranjería por parte de la Administración Pública.

Título Primero: Derechos humanos de la persona migrante y potestades de la Administración Pública.

Capítulo I. Derechos humanos de la persona migrante a nivel internacional y en el régimen costarricense.

Sección I. Consideraciones generales de Derechos Humanos.

A. Disposiciones generales.

Resulta apresurado precisar un concepto acertado de Derechos Humanos, cuando la doctrina no ha acordado una definición que englobe en forma integral dicha noción, de manera que se pueda establecer una relación entre estos y la actividad material de la Administración Pública. Se repasarán las múltiples interpretaciones históricas atribuidas a estos derechos.

Entre las diversas posiciones¹ atribuidas a la hora de fundamentar los derechos humanos, destaca la corriente *iusnaturalista*, siendo la corriente que probablemente ayude a ilustrar de mejor manera el concepto. Esta establece que los derechos humanos derivan de la naturaleza humana, y por lo tanto, se les ve como derecho previo y superior al positivo, inherentes al hombre por el hecho de serlo. Más adelante se desarrollará la corriente *positivista*, la cual establece que los derechos humanos son derechos cuando son reconocidos por el Estado y adquieren el estatus de derechos una vez sean basados en leyes positivas; la corriente *ética dualista* ve los derechos humanos como derechos morales o valores; por último, la corriente *histórico-relativista*, la cual que pone

¹ Marlasca Antonio. (1998) *Fundamentación filosófica de los derechos humanos*. pp. 564-569.

los derechos humanos como derechos históricos y relativos, variables a cada momento histórico.

Pero es la primera posición la que nos ayuda a comprender la idea que se busca desarrollar de los derechos humanos. Resulta ineludible relacionar este último concepto con la noción de derecho natural, su validez y su eventual reconocimiento dentro del derecho positivo.

Según Rodríguez Vargas, la idea fundamental del derecho natural se da en la existencia de un derecho anterior a la norma positiva, y es justo esa antelación la cual otorga un fundamento a la norma jurídica positiva ya que *“posee una jerarquía o rango superior a ella, de modo que cualquier norma humana que fuera contraria al precepto de derecho natural sería jurídicamente inválida...”*². De ahí su íntima relación con el concepto que nos atañe, estos derechos, independientemente de su origen, gozan de un rango axiológico privilegiado al encontrarse *“vinculados a la idea de dignidad de la persona humana”*³.

Cada ser humano es titular de estos derechos por el hecho de serlo, y es deber del Estado no solo reconocerlos, sino garantizarlos. La noción de los mismos está sujeta a la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado, y por lo

² Rodríguez Ricardo (2001) *El Derecho Natural. Nociones fundamentales y desarrollo histórico, Antología de Introducción al Estudio del Derecho I*, p.1.

³ Pacheco Gómez Máximo (1998) “El concepto de Derechos Fundamentales de la persona humana” en *Liber Amicorum Vol I*, p. 45

tanto, la consecución de sus fines debe ejercerse al servicio de éste una vez reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la noción de dignidad humana plasmada en derechos concretos dista de ser estática. Según se ha indicado, ésta varía según las nuevas circunstancias y a la realidad imperante:

“...los criterios que determinan los parámetros de dignidad son históricos y culturales y, por lo mismo, "la lista de derechos humanos ha evolucionado y se ha ampliado, y continuará haciéndolo, en respuesta a factores tales como el cambio de ideas acerca de la dignidad humana, el ascenso de nuevas fuerzas políticas, los cambios tecnológicos, las nuevas técnicas de represión y hasta los triunfos pasados de los derechos humanos...”⁴

A manera de síntesis, la noción de los derechos humanos está sujeta a la idea de la dignidad de la persona frente al poder del Estado, y por lo tanto, el poder público debe ejercerse al servicio de los primeros⁵. Es justamente esta la idea que se busca rescatar.

Partiendo de esta noción general, se puede colegir como la tarea de llegar a una definición concreta que resulta cada vez más ajena, toda vez que una noción de

⁴ Del Toro Huerta, Mauricio Iván (2000), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Sistema Interamericano*, p. 5

⁵ Nikken Pedro (2006) *La garantía internacional de los Derechos Humanos*, p. 7.

los derechos humanos se encuentra sujeta a factores históricos en cambio constante.

Con la misma complejidad que resulta tratar de alcanzar un concepto convincente de los derechos humanos, y dada la pluralidad de fuentes que enriquecen el derecho internacional, las diferentes corrientes doctrinales y los diferentes puntos de vista con respecto a su interpretación y aplicación, no existe consenso en cuanto sus características específicas. Sin embargo, resulta necesario hacer énfasis en aspectos que les revisten de importancia de modo que se pueda entender mejor el marco conceptual.

En primera instancia, se debe resaltar que los derechos humanos son inherentes a la persona. Estos se presentan como atributos innatos de la misma y por lo tanto no deben verse como concesiones de la sociedad o como dependientes del reconocimiento de un gobierno⁶, aún cuando éste es el encargado de velar por su resguardo, cumplimiento y correcta aplicación.

Paradójicamente, la mayoría de afectaciones hacia los derechos humanos se produce por parte de la Administración Pública, y es por este motivo que este debe sujetarse a reglas en el ejercicio de sus potestades, con mecanismos dirigidos a la protección de derechos fundamentales.

⁶ *Ibid*, p. 14.

Sobre este supuesto, la CIDH se ha pronunciado al afirmar:

“...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.”⁷

Un Estado de Derecho debe contener controles que garantice a los individuos la adecuada consecución de sus fines últimos, de forma que su ámbito de poder se desarrolle en armonía con la idea de dignidad humana. Consecuencia de este atributo de inherencia, y como parte de la necesidad de los Estados de establecer instrumentos que resguarden tales derechos, resulta imperativo realizar el reconocimiento de su universalidad, el mismo que se alcanza con la Declaración de Universal de Derechos Humanos.

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”⁸, estos son parte de toda persona al nacer y comprenden a todo individuo por el hecho de ser humano. El carácter de universalidad de los derechos humanos no

⁷ CIDH, *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986, párr.21.

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1.

está dada por los estados o instrumentos internacionales, el papel de estos últimos es el de enunciarles y reconocerles a nivel positivo, mientras su verdadera naturaleza reside en el ya mencionado concepto de inherencia.

Los derechos humanos no emanan de ningún documento, la validez de estas declaraciones deriva de una *validez intrínseca*, esto es, propia de los mismos, con lo que se descarta así cualquier fórmula de carácter constitutivo que se le quiera dar a los mismos⁹. Sobre este aspecto, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha llegado a considerar la universalidad como la característica más relevante de los derechos humanos, reconociéndola como *piedra angular del derecho internacional*¹⁰.

En segunda instancia, resulta acertado hacer énfasis sobre la afirmación de los derechos humanos frente al poder público. El jurista Pedro Nikken, afirma que el respeto a los derechos humanos implica una adecuación del sistema jurídico que asegure el goce de los mismos:

“La responsabilidad por la efectiva vigencia de los derechos humanos incumbe exclusivamente al Estado, entre cuyas funciones primordiales está la prevención y la punición de toda clase de delitos. (...) El Estado existe para el bien común y su

⁹ Haba Pedro. (2004). *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*, p. 112.

¹⁰ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos,
<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

autoridad debe ejercerse con apego a la dignidad humana de conformidad con la ley.”¹¹

El poder con que cuenta la Administración tiene su límite en los derechos humanos, los cuales a su vez, implican una carga de obligaciones para el Estado, trazando una línea de respeto y subordinación hacia los mismos. Tal como se verá más adelante, es la ley la encargada de definir los alcances y límites en el actuar del Estado en la persecución de sus fines.

Existen además otras características atribuidas por la doctrina, las cuales resultan necesarias para entender mejor la dinámica de los derechos humanos dentro de su ya complicado entorno jurídico, y que se encuentran a su vez relacionados con esta noción de inherencia.

Autores como Alemany Verdaguer¹², les atribuyen entre otras, un carácter de *imprescriptibles*, por lo que no se pierden con el transcurso del tiempo, se poseen desde que se nace y por lo tanto no llegan a prescribir. Considera también que éstos son *irrenunciables e inviolables*, pues al ser absolutos no se pierden ni deben ser transgredidos. Empero de esta última característica, y como se expondrá más adelante, las leyes pueden establecer limitaciones excepcionales en resguardo de la seguridad pública o la consecución del bien común.

¹¹ Nikken Pedro (2006), *op. cit.*, pp. 20.

¹² Alemany Verdaguer Salvador (1984) *Curso derechos Humanos*. p. 13.

Por último, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha convenido disponer que éstos son creadores de *derechos y obligaciones*¹³ para los Estados, en tanto éstos asumen la obligación de respetar, abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos; de protegerlos, impidiendo abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos; y de realizarlos, debiendo adoptar medidas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

Todas estas particularidades no son sino derivaciones de esa condición de inherencia, y ayudan a comprender el desenvolvimiento de estos derechos dentro del ordenamiento interno de cada Estado, el cual es, en última instancia, donde estos adquieren un papel protagónico.

Llegados a este punto, interesa concretar el marco conceptual de los derechos humanos como aquellos que asisten en la descripción del contenido de normas y garantías fundamentales de los particulares, como una respuesta ante la impotencia de los estados para garantizar su correcta aplicación. Éstos se afianzan como garantías ante las posibles arbitrariedades que nacen del actuar cotidiano de la Administración Pública, y además como mecanismos de protección ante el resultado de estos desafueros.

¹³ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos,
<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

B. Fuentes.

Es con el nacimiento del constitucionalismo que los estados reconocen garantías de la persona, dando nacimiento a lo que la doctrina ha denominado “*la primera generación de derechos humanos*”¹⁴ o “*derechos de libertad*”¹⁵, y que comprende derechos civiles y políticos como producto de manifestaciones a favor de declaraciones de derechos individuales con relevancia histórica.

La evolución de la economía y el desarrollo de ideas sobre derechos sociales y culturales, trascienden en una “*segunda generación*” o etapa del proceso de vida de los derechos humanos, la misma que pretende resguardar condiciones de vida y acceso a bienes materiales. Eventualmente, como consecuencia de conflictos bélicos de primera mitad del siglo XX se fortalece el proceso de internacionalización de los mismos con la creación de las Naciones Unidas.

El desarrollo de los derechos humanos converge en mecanismos dedicados a resguardarles en campos específicos, brindando asistencia y protección a particulares, y dando paso a la tercera generación de derechos humanos conocidos como “*derechos colectivos de la humanidad entera*”¹⁶. Por este motivo, se torna indispensable establecer pautas de organización tanto entre Estados como a nivel de organismos internacionales y de estos en relación con los primeros.

¹⁴ Nikken Pedro (1994) *Antología básica en derechos humanos*, p. 13.

¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 02771, de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril del año dos mil tres. Expediente: 02-005494-0007-CO, San José, Costa Rica.

¹⁶ Nikken Pedro (1994), *op. cit.*, pp.15.: “...como el derecho a un medio sano, derecho a la paz y al desarrollo”

De esta breve reseña, se puede desprender como el ordenamiento internacional es bastante inmaduro y se encuentra en un proceso de evolución, de ahí la importancia de las fuentes en el derecho internacional como elementos para fortalecer este desarrollo. Paralelamente, cuando se hace referencia a las mismas, se debe tener presente que ellas nacen de este proceso evolutivo, revistiendo de carácter jurídico las relaciones entre los sujetos del Derecho Internacional¹⁷.

Teniendo claro este panorama, resulta asequible comprender como el desarrollo de un derecho internacional que exige formas de organización efectivas, intenta establecer un orden de las fuentes mediante un texto convencional. Este reconocimiento se alcanza con la firma del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, cuyo artículo 38 establece un marco de referencia de las fuentes que ésta debe aplicar, y que le convierte como referente obligatorio para el desarrollo del tema.

El artículo en cuestión sugiere como fuentes los tratados internacionales, el derecho consuetudinario, los principios generales y otras auxiliares como lo son las decisiones judiciales y las doctrinas publicistas reconocidas, sin ser esta lista exclusiva de otras. Ahora bien, cuando se hace referencia al derecho internacional de los derechos humanos, se debe tener en cuenta que la pluralidad de orígenes no acaba en una lista taxativa de fuentes convencionales,

¹⁷ Varela Quirós, Luis A. (1996) *Las Fuentes del Derecho Internacional*, p. 4.

por lo que los enunciados en éste no agotan la posibilidad de recurrir a otras no referidas en el mismo.

Por último, no pretende esta investigación establecer un orden jerárquico en la aplicación de las fuentes. Bastará con establecer que corresponderá al ente encargado de resolver un conflicto el determinar las fuentes a las que se debe recurrir, según las circunstancias del caso concreto, contexto que se encuentra claramente identificado por Vela Quirós:

“Lo cierto es que una misma situación puede estar regulada por diversas fuentes, y para unos Estados puede regir la costumbre general o particular, mientras que para otros la situación puede ser objeto de un tratado.”¹⁸

a. Tratados internacionales.

Iniciado el proceso de codificación de las normas a nivel internacional, los tratados adquieren un papel central, pues éstos establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados partes¹⁹ quienes se someten voluntariamente a respetar y resguardar los principios y obligaciones establecidas en dichos instrumentos. Esta característica resulta determinante para considerar los tratados como la fuente más importante, al tratarse del principal medio de creación de normas a nivel internacional y de conferir estabilidad a dicho ordenamiento.

¹⁸ *Ibid*, p. 14.

¹⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, artículo 38, inciso a)

Según la interpretación de la CIDH, el objeto y fin que éstos persiguen es la protección de los derechos fundamentales frente a los poderes de la institución administrativa:

“Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”²⁰

Según lo precisa el artículo 2 inciso a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se considera tratado internacional, todo acuerdo celebrado por escrito entre dos o más sujetos de la comunidad internacional, sin importar la denominación particular que se le brinde. Este acuerdo de voluntades entre Estados estará siempre destinado a producir efectos jurídicos y será regido por el Derecho Internacional.

El aspecto fundamental de todo tratado será la creación de derechos y obligaciones, mediante el acuerdo de voluntades de dos o más partes que se obligan entre sí. Además de la importancia en este tema, el cual radica en el reconocimiento de normas internacionales de derechos humanos por parte de los Estados, como respuesta a la insuficiencia de los órdenes internos para garantizar el correcto resguardo de los mismos.

²⁰ CIDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, párr.29.

b. Derecho consuetudinario.

Durante mucho tiempo, la falta de instrumentos que establecieran un marco jurídico para los Estados significó para el derecho consuetudinario posicionarse como fuente principal de derecho internacional. Más adelante, éste adquiere reconocimiento en el anteriormente mencionado artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, el cual sitúa la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho²¹.

La costumbre como fuente de derecho, puede entenderse como una práctica reiterada que adquiere fuerza normativa, obligando a las partes que la vienen ejerciendo. Pero el tema de la costumbre como fuente de derechos internacionales es más complejo, pues resulta imprescindible la sucesión de dos elementos para que la norma consuetudinaria se constituya como tal.

El primer elemento será la práctica reiterada en el tiempo. Se trata de una práctica general o una repetición de actos²² la cual debe basarse en un uso constante²³, y debe además estar acompañada por una intención de obligarse por parte del Estado. Este segundo elemento es conocido como el “*principio opinio iuris sive necessitatis*”, el cual supone la intención de obligarse que tienen los estados en relación con determinados actos o prácticas internacionales.

²¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, artículo 38, inciso b)

²² Alemany Verdagué Salvador (1984), *op. cit.*, pp. 39.

²³ Caso de asilo: Colombia versus Perú, Corte Internacional de Justicia de la Haya.

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia de la Haya ha establecido:

“...no solamente los actos considerados suponen una práctica constante, sino que además ellos deben ser tales o realizarse de tal manera, que demuestren la convicción de que esa práctica es considerada como obligatoria por una norma jurídica vigente que así lo establezca la necesidad de tal convicción, esto es la existencia de un elemento subjetivo, esta implícita en el concepto de Opinio Juris Sive Neccesitatis. Los estados interesados, por lo tanto, deben de tener el convencimiento de que cumplen con lo que ellos consideran es una obligación jurídica”²⁴

Así, ante un eventual conflicto, la carga de la prueba corresponderá a la parte que sugiera la existencia de dicha costumbre, por lo que resultaría indispensable dejar al descubierto el desarrollo de un patrón de conducta por parte del Estado en cuestión, el cual demuestre que en la práctica reiterada se ha realizado en forma voluntaria y con conocimiento de las consecuencias jurídicas de la misma de cara a una situación específica.

De conformidad a lo establecido al artículo 38, la costumbre adquiere carácter de norma jurídica del derecho internacional cuando resulta prueba de una

²⁴ Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte: Alemania versus Dinamarca, Alemania versus Holanda; Corte Internacional de Justicia de la Haya.

práctica aceptada como derecho, y corresponderá a un órgano jurisdiccional determinar la existencia de dicha norma consuetudinaria²⁵.

c. Los principios generales del derecho, doctrina y jurisprudencia.

Los principios generales del derecho común, también son reconocidos como fuente de aplicación e interpretación del derecho internacional de los derechos humanos. Estos son principios comunes reconocidos por regímenes constitucionales, fundamentados en ideas jurídicas generales, cuya función será la de cubrir vacíos a causa de falta de una norma aplicable y como instrumento de aplicación e interpretación²⁶.

En otras palabras, cuando se habla de principios generales del derecho como fuente para el derecho internacional, se hace referencia a principios presentes en los diferentes sistemas jurídicos. Se trata de principios rectores del Derecho desarrollados por la doctrina, jurisprudencia y la misma legislación. Una vez más, esta situación no resulta excluyente.

El derecho internacional tiene sus principios propios, los cuales cuentan con características específicas al encontrarse dirigidos a sujetos del derecho internacional, y sobre los que resulta necesario destacar: el principio de que ningún Estado puede alegar deficiencia o carencia de su sistema interno para

²⁵ Ortiz Ahlf Loretta (2004) *op. cit.*, pp. *Derecho internacional de los derechos humanos: Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 25.

²⁶ Alemany Verdaguer Salvador (1984), *op. cit.*, pp. 40.

dejar de cumplir obligaciones internacionales; el principio de que los tratados prevalecen sobre la ley ordinaria como consecuencia del compromiso internacional, contraído de forma voluntaria; el principio de que los cambios de régimen interno no afecten o alteren compromisos contraídos; el principio de que la renuncia de derechos de un Estado no puede presumirse, sino que debe ser expresa; y por último, el principio de que un Estado no puede alegar su dominio reservado para incumplir los principios que conforman los derechos humanos²⁷.

Pero el reconocimiento de las fuentes no acaba aquí. Según el conocido artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones judiciales y la doctrina figuran como fuentes auxiliares en la determinación de reglas del derecho.

Aunque la jurisprudencia propiamente dicha no es considerada como fuente formal, viene a complementar otras fuentes como lo son la costumbre internacional y los principios generales de derecho, en tanto se sientan precedentes sobre temas concretos. Además, cada una de estas resoluciones es de cumplimiento obligatorio para las partes en conflicto²⁸.

En lo que respecta a la doctrina, el artículo reconoce su lugar como fuente a la opinión de tratadistas de prestigio y a los acuerdos de asociaciones científicas que contribuyen al desenvolvimiento del derecho. A pesar de esto, existe

²⁷ Varela Quirós, Luis A. (1996), *op. cit.*, pp. 88.

²⁸ Relación con artículos 38, inciso d) y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya.

discusión sobre su calificación de fuente a nivel doctrinal, pues la tarea que ésta realiza es meramente crítica, y no crea, por lo tanto, ningún tipo de derecho.

En todo caso, más allá de servir como autoridad definitiva, la doctrina tiene la función de servir como elemento de *juicio estimativo*²⁹, por lo que servirá como norma de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos.

d. Recomendaciones y resoluciones de organismos internacionales.

Las recomendaciones y resoluciones de los organismos internacionales, como son las opiniones consultivas, no son consideradas como fuente de obligaciones propiamente, sin embargo, existen elementos a considerar con respecto a los mismos.

Tal y como se mencionará más adelante, algunos organismos internacionales tienen la facultad de pronunciarse sobre dudas con respecto a la interpretación de normas de derecho internacional. Pero esta labor no termina ahí, estos también se encuentran facultados para realizar recomendaciones a los Estados partes de los instrumentos en cuestión, o bien a los solicitantes de tal aclaración.

Es justo aquí donde se encuentra la clave para considerar estas resoluciones como fuente de derecho. Cuando las partes se han adherido a un instrumento internacional el cual establece la competencia de un órgano para dirimir

²⁹ Varela Quirós, Luis A. (1996), *op. cit.*, pp.100.

conflictos específicos a una o varias materias, reconoce abiertamente la sujeción a sus resoluciones. De igual forma sucede con los Estados que buscan ayuda a estos organismos para obtener una aclaración, aún sin ser partes de la norma constituyente, pues reconocen implícitamente la sujeción a las observaciones realizadas por la entidad en cuestión.

*“Las Opiniones Consultivas versan entonces sobre la interpretación y el alcance de la aplicación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables a los Estados americanos, por lo que la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas está dada por el instrumento internacional que interpretan, es decir, al interpretar un tratado, dicha interpretación tiene el mismo valor y fuerza jurídica que el texto del tratado interpretado.”*³⁰

A pesar de esto, no se puede perder de vista que tanto las recomendaciones como las observaciones de los órganos internacionales no son vinculantes, por lo que es la práctica de los Estados que las obedecen lo que las reviste de esta jerarquía, y por lo que su cumplimiento podría, eventualmente, convertirlas en norma consuetudinaria.

³⁰ Ortiz Ahlf Loretta (2004), *op. cit.*, pp. 47.

C. Instrumentos reconocidos a nivel internacional.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Estados reconocen la necesidad de elaborar mecanismos de protección relacionados con categorías específicas, caracterizando el siglo XX por el reconocimiento e incorporación de derechos en materias específicas en el campo internacional. El propósito de estas convenciones internacionales no es solo el de establecer derechos y obligaciones para cada Estado, sino que estos ayudan a uniformar criterios sobre la aplicación de los derechos humanos.

Nuestro país ha ratificado muchos instrumentos en materia de derechos humanos, por lo que resultaría infructuoso realizar un listado de todos éstos. Dentro de los más relevantes, y en relación con la materia migratoria, destacan el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Discriminación Racial, Xenofobia y Tratos Inhumanos y Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo N° 97 y 143, relativas a los trabajadores migrantes así como a la Recomendación de la OIT N° 86; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional

y sus protocolos Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y contra la Trata de Personas.

Al ser la mayoría de estos instrumentos internacionales de carácter general, se pasa por alto situaciones concretas dejando desprotegidos derechos humanos de los migrantes³¹, de ahí la importancia del proceso de codificación. Para efectos de esta investigación, se hará referencia sobre los principales instrumentos reconocidos en materia migratoria, sean dirigidos a personas o grupos específicos, o bien a violaciones específicas.

Con respecto al primer grupo, se encuentran documentos relacionados con la protección de personas refugiadas, como lo son la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, los cuales contemplan los criterios para definir a las persona refugiadas y establecen a su vez los deberes y derechos de éstos. En forma paralela se encuentra la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la cual se encarga de garantizar la aplicación efectiva de estos instrumentos por parte de los Estados firmantes.

Existe también toda una serie de acuerdos, convenciones e instrumentos regionales relativos a los refugiados en África, América y Europa, La Convención de Asilo Diplomático, la Convención de Asilo Territorial, Declaración de

³¹ Rodríguez Pizarro Gabriela (2005) *El rol de los medios de comunicación en la defensa y promoción de los derechos humanos de los migrantes*, p. 3.

Cartagena y la Declaración de San José relacionada con Refugiados y Personas Desplazadas en América, los cuales amplían el alcance de protección a favor de personas refugiadas.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de todas las mujeres, es el instrumento especializado en la protección de la discriminación basada en aspectos de género. Ésta, junto con las observaciones y recomendaciones del comité creado por esta convención, plantean mecanismos útiles para garantizar la igualdad de la mujer ante las particularidades históricas y culturales que les aquejan.

Dada la vulnerabilidad del sector demográfico infantil, resulta imprescindible para el resguardo de sus derechos humanos la existencia de obligaciones por parte de los Estados para proteger sus derechos. A fin de garantizar esta protección se crea la Convención de los derechos del niño, como también el establecimiento del Comité de dicha convención a fin de fiscalizar su correcto cumplimiento.

El Convenio sobre los trabajadores migrantes, abarca los derechos relacionados con ellos, busca proteger de condiciones abusivas a aquellos en situación irregular, y promueve la igualdad de oportunidades y trato. Por otra parte, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, no solo reafirma sus derechos

humanos sin importar su estatus migratorio, sino que reconoce derechos adicionales a los migrantes en condición regular.

Vale la pena detenerse aquí, para hacer énfasis en el esfuerzo de este instrumento por reconocer el papel decisivo del trabajador migrante, toda vez que un gran porcentaje de éstos emigra en busca de mejores condiciones económicas. Situación que además, ayuda a complementar la política migratoria integral de los países firmantes, por medio de estímulos en lugar de conductas represivas, las cuales a su vez, buscan impedir y eliminar la explotación y tráfico de trabajadores migratorios.

Dentro de la protección de los grupos relacionados con violaciones concretas, existen instrumentos tendientes a proteger circunstancias detalladas que merecen un tratamiento técnico y enfocado en las distintas variables que pueden darse en cuanto a estas circunstancias, y de las cuales emanan una serie de principios y consideraciones jurídicas adicionales.

Los instrumentos internacionales en materia de tráfico de migrantes tienen una doble finalidad. Por una parte velar por los derechos de los sujetos pasivos expuestos a esta actividad delictiva, y ayudarlos a volver a sus países de origen en una manera ordenada y segura, y recibiendo un trato humanitario. Por otra parte, hacer esfuerzos coordinados para procesar criminalmente a los que perpetran y lucran a través de estos crímenes.

La Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros establece procedimientos para proteger a las víctimas de estos delitos. Adicionalmente, la Convención Contra el Crimen Trasnacional Organizado, incluye dos protocolos en esta materia: El Protocolo para Suprimir y Sancionar el Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, y el Protocolo Contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Aire y Mar. La finalidad de estas convenciones, es la de promover la cooperación entre Estados para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional³².

La Convención Internacional Contra Todas las Formas de Discriminación Racial establece obligaciones estatales para evitar el uso de prácticas discriminatorias basadas en la raza de una persona, que tienden a ser comunes en muchos países, en especial en materia migratoria. La Convención Contra la Tortura y Otras Formas De Tratamiento Cruel, Inhumano y Degradante establece obligaciones estatales para garantizar la integridad personal de las personas y límites a la actuación de agentes estatales.

Por otra parte, y aunque no existe un tratado específico en cuanto al tema de la detención y encarcelamiento, se encuentran declaraciones y principios dentro del derecho internacional, los cuales proporcionan nociones y lineamientos que muchos países han adherido. Entre los documentos relevantes en esta materia,

³² Rodríguez Pizarro Gabriela (2004) *Migración y derechos humanos: Violaciones a los derechos humanos de los migrantes en la actual dinámica de las migraciones en América Central*, pp. 141-142.

están: las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros, el Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas en Condición de Detención o Encarcelamiento, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de Libertad, el Código de Conducta para Oficiales Estatales, y los Principios Básicos para el Uso de Fuerza y Armas de Fuego por parte de Oficiales Estatales.

Por último, se encuentra la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la cual establece una serie de responsabilidades relevantes para la protección de los migrantes. La protección consular es el conjunto de actividades y acciones, gestiones e intervenciones que los funcionarios consulares realizan en el extranjero en beneficio de sus connacionales³³. Esta protección adquiere relevancia cuando se busca la obtención de representación legal en un país extranjero.

Ante este panorama, el cuadro de los derechos humanos deriva en un aumento del marco jurídico de instrumentos que les reconocen, por lo que resultaría contraproducente realizar un listado de la totalidad de instrumentos reconocidos por el país. Lo que si resulta importante, es rescatar la idea principal en la concreción de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la cual es, no solo la creación de obligaciones para los Estados, sino la de consolidar derechos exigibles a favor de los individuos particulares en materias específicas.

³³ *Ibid*, p. 147.

D. Mecanismos de protección.

Sabemos ahora que las normas internacionales en materia de derechos humanos establecen obligaciones para los Estados, las cuales se tornan exigibles ante los órganos instituidos en caso de un eventual incumplimiento de las prescripciones allí contenidas. Pero esa no es su única finalidad, ellas también significan una garantía para los individuos sometidos a su poder, en tanto estos se encuentran legitimados para denunciar y perseguir dichas violaciones de acuerdo con los parámetros establecidos por cada documento en cuestión.

Ahora bien, el esfuerzo de reconocer los derechos humanos por parte de los Estados se vería truncado sin mecanismos de fiscalización, motivo por el que es necesario la instauración de órganos encargados de velar por la correcta aplicación de lo pactado. Son los mismos tratados internacionales los encomendados de crear entidades que fiscalicen y determinen los alcances de la norma convenida.

a. La Corte Internacional de Justicia de la Haya.

Principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas, encargado de pronunciarse sobre controversias de orden jurídico entre Estados, conforme al Derecho Internacional.

El párrafo primero del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas, establece la obligatoriedad que asumen los Estados miembros, de cumplir con las decisiones de la Corte:

“Artículo 94:

1. *Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.”*

Tiene además, la facultad de emitir dictámenes por medio de opiniones consultivas, sobre cuestiones jurídicas que le sometan los órganos u organismos de Naciones Unidas autorizados.

b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano cuenta con una serie de instrumentos de protección y promoción de DDHH, y de los cuales, son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre los que revisten mayor importancia.

Su objetivo principal, es la aplicación e interpretación de dicha Convención, como también de los tratados concernientes al tema de derechos humanos, dentro de los que destacan a nivel regional:

- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales o

“Protocolo de San Salvador”.

- El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- La Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Convención Interamericana para Prevenir , Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujer o “Convención de Belem do Pará”.

La característica principal de la CIDH, es que tiene la facultad de recibir y resolver denuncias por violaciones a los derechos humanos contenidos en dichos instrumentos.

En vista de la relevancia que tiene esta institución a nivel regional, se nombrará más adelante.

c. La Corte Penal Internacional.

Es el órgano independiente encargado de juzgar personas acusadas de crímenes de interés internacional, como son el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Su Estatuto constitutivo reconoce la *amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*³⁴ que estos crímenes representan.

³⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Existen además, otros órganos especializados en materias similares, como lo son la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Internacional del Derecho al Mar, el Tribunal Penal Internacional para la Ex –Yugoslavia, y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Tal como se mencionó anteriormente, los organismos internacionales encargados de velar por que se cumpla lo establecido en los tratados internacionales referentes a derechos humanos, se encuentran en la obligación de elaborar informes, dilucidar consultas y hasta prestar asesoramiento a los Estados que así lo soliciten³⁵ en relación con cada materia.

Sección II. Consideraciones sobre derechos humanos dentro del régimen costarricense.

A. Derechos fundamentales reconocidos.

Resulta ineludible referirse a los derechos fundamentales reconocidos por el cuerpo normativo de mayor relevancia a nivel nacional, esto es, derechos humanos recogidos por el régimen constitucional.

Se hará una reseña de estos sin ningún orden particular, sin que esto signifique un menoscabo sobre otros derechos no reconocidos dentro de dicha herramienta y que puedan contar con igual o hasta mayor jerarquía.

³⁵ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 41 inciso d)

Se iniciará con el derecho que tiene toda persona al respeto de su honra y reconocimiento de su dignidad³⁶. Este **derecho a dignidad** encuentra lugar dentro de la Constitución Política que establece:

*“ARTÍCULO 40.- Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación.
Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.”*

Este establece el derecho de toda persona de ser tratado en forma digna y humana, rechazando cualquier tipo de tratamiento cruel o degradante. Como se mencionó anteriormente, el reconocimiento de la dignidad humana es la característica más destacada de los derechos humanos, en tanto es corolario de la inherencia que les reviste, y por lo tanto, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida de todo ser humano.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos es enfática en establecer que nadie debe ser privado de la vida arbitrariamente. El **derecho a la vida** se encuentra registrado en la Carta Magna en el artículo 21 que establece:

“ARTÍCULO 21.- La vida humana es inviolable.”

Dada su relevancia, el derecho al respeto de la vida de todo individuo debe además ser desarrollado por ley.

La Constitución Política también establece el **derecho a la nacionalidad** reconocido por el artículo 14:

“ARTÍCULO 14.- Son costarricenses por naturalización:

³⁶ *Ibid*, artículo 11 inciso 1)

1) *Los que hayan adquirido esta nacionalidad en virtud de leyes anteriores.*

2) *Los nacionales de otros países de Centroamérica, los españoles y los iberoamericanos por nacimiento que hayan residido oficialmente en el país durante cinco años y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley.*

3) *Los centroamericanos, los españoles y los iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan residido oficialmente en el país durante siete años como mínimo y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley.*

4) *La mujer extranjera que al contraer matrimonio con costarricense pierde su nacionalidad.*³⁷

5) *Las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo período en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense”*

Este brinda la oportunidad de naturalizarse a todo extranjero que desee adquirir la nacionalidad costarricense, y que haya cumplido con los requisitos que la ley establece.

³⁷ Ver Resolución: 2008-011576, de las nueve horas y veintinueve minutos del veinticinco de julio del dos mil ocho, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, expediente: 08-010093-0007-CO.

De esta manera, el derecho a una nacionalidad adquiere una jerarquía concreta, complementando lo establecido por el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Otro derecho de suma importancia es el **derecho a la igualdad**, sustentado en el principio de igualdad ante la ley en donde toda persona tiene derecho a igual protección. Este encuentra un reconocimiento dentro del ordenamiento constitucional:

“ARTÍCULO 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”

Se garantiza el derecho a la igualdad sin distinciones de ninguna índole, donde todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos³⁸. Sin embargo, este derecho contiene la particularidad de sufrir ciertas reservas. Una de ellas en relación con el régimen de extranjeros.

El principio de igualdad para extranjeros reconocido en el apartado 19 constitucional establece:

“ARTÍCULO 19.- 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.”

Este principio pretende garantizar la igualdad de trato hacia los extranjeros en relación con los derechos y las garantías individuales y sociales reconocidas

³⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1.

para las personas costarricenses en la Constitución Política, y además se hace mención a las restricciones a las cuales estos se encuentran sujetos.

Las restricciones que se mencionan se encuentran establecidas en el artículo 25 de la LGME, la misma que posiciona en una situación de igualdad a nacionales y extranjeros en relación con los derechos y las garantías individuales y sociales.

Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo, así como de residir en él con sujeción a las disposiciones legales³⁹. En el artículo 22 de la norma constitucional se encuentra el derecho a la **libertad de tránsito**:

“ARTÍCULO 22.- Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga.

No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país.”

Establece el derecho de todo nacional a circular libremente por cualquier parte del territorio nacional, siempre que se encuentre libre de responsabilidad ante las autoridades judiciales del país. Hace referencia además, a la posibilidad que tiene todo nacional de salir del país en cualquier momento que así lo desee, como la prohibición de solicitar requisitos que impidan su ingreso al país.

³⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 22.

El derecho de libertad de tránsito encuentra limitaciones con respecto a los extranjeros, quienes deben cumplir con requisitos previamente establecidos, según lo establecido en nuestra Constitución, así como los incisos b), c) y h) del artículo 25 de la LGME. Estas limitaciones, también encuentran sustento en la norma internacional. El artículo 22 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que el ejercicio de este derecho puede ser restringido mediante ley expresa para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

Particular mención requiere el **derecho de permanencia** señalado en el artículo 32 constitucional, el cual no aplica a extranjeros:

“ARTÍCULO 32.- Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional.”

Se encuentra así otra limitación para los extranjeros. Entre otras, la regulación de la libertad de tránsito exige a los extranjeros contar con la debida autorización para permanecer y circular libremente dentro del territorio nacional por un tiempo definido, la misma que debe ser acreditada por la Dirección Nacional de Migración y Extranjería.

Las figuras de deportación y expulsión reconocidas en el título X de la LGME, están relacionados con el **derecho de asilo y no devolución** de los extranjeros, reconocido en el artículo 31 de la carta magna:

“ARTÍCULO 31.- El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido.”

Este artículo encuentra especial relevancia en la presente investigación, toda vez que se encuentra relacionado con el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el principio de no devolución o “*Non-refoulement*”, el cual reza:

“Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución:

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

Complementariamente, el principio aquí enunciado puede encontrarse en la legislación nacional. El artículo 111 de la LGME, resguarda el principio de no devolución al establecer:

“...no podrá ser deportada, expulsada ni devuelta al territorio del país donde su vida o su libertad peligren por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas, ninguna persona refugiada ni asilada. Tampoco podrá deportarse ni expulsarse a ninguna persona que solicite refugio o asilo cuya gestión aún esté pendiente de resolución firme”.

Además, el Capítulo IV Sección V de la LGME, se encarga de regular lo referente a Refugiados, Asilados y apátridas, situación que podría merecer todo un estudio si se considera que en otros países existen legislaciones específicas sobre el tema dado su carácter especial.

Continuando con esta atribución, la misma Constitución establece una limitación a este derecho:

“La extradición será regulada por la ley o por los tratados internacionales y nunca procederá en casos de delitos políticos o conexos con ellos, según la calificación costarricense.”⁴⁰

Abre la posibilidad de extradición como limitación al derecho de libre circulación dentro del territorio, siempre y cuando no se trate de un supuesto específico: los delitos políticos o conexos a estos.

La **libertad y protección** del Estado está garantizada en el artículo 20 de la norma constitucional:

⁴⁰ Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 11 párrafo segundo.

“ARTÍCULO 20.- Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava.”

Establece esa garantía mínima de toda persona, a no ser objeto de persecución arbitraria y debe recibir protección de la ley.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa⁴¹. Es por esto que resulta necesario reconocer al principio de inocencia un rango constitucional, en vista de que el mismo es pilar fundamental del sistema acusatorio, como garantía previa a procesos justos con garantías procesales mínimas tales como el debido proceso y la legítima defensa.

Dichas garantías constitucionales, se encuentran sumamente relacionados con los artículos 25 incisos e) y f); y, 208 inciso b) de la LGME, que establecen derechos, limitaciones y obligaciones para las personas extranjeras, y según los cuales, éstos podrán sufrir pena o ser detenidos únicamente según lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes. De igual forma, se establece que dichas personas se encontrarán sujetas a las sanciones administrativas previstas en dicha Ley, situación que se analizará más adelante.

⁴¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11, párrafo primero.

Pero la protección que debe garantizar el Estado no acaba aquí. A fin de evitar abusos por parte de la Administración, se dota de rango constitucional la jurisdicción Contencioso Administrativa a fin de proteger los intereses y derechos de los administrados ante un eventual actuar irregular por parte del Estado⁴²:

“ARTÍCULO 49.- Establécese 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 desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.”⁴³

Dicha garantía, encuentra su fundamento en anteriormente citado artículo 20 y el artículo 27 sobre derecho de petición y de pronta resolución. Se encuentra además sumamente relacionado con el artículo 220 de la actual LGME, el cual establece la falta de recurso contra actos de trámite dictados en razón de procedimientos administrativos, resoluciones que denieguen el ingreso de una persona extranjera al país, órdenes de rechazo y deportaciones ordenadas con fundamento en los incisos a), b) y d) del artículo 179 del mismo cuerpo normativo.

⁴² Ortiz Ortiz Eduardo (1993) *La vía de hecho y la jurisdicción contencioso administrativa*, pp. 167 y 170.

⁴³ Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 49.

Otro derecho reconocido a nivel internacional, que cuenta con preeminencia a nivel interno es el derecho a **domicilio y a la propiedad privada**. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente y nadie puede ser privado arbitrariamente de la misma⁴⁴:

“ARTÍCULO 23.- El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.”

La idea plasmada en el enunciado, es la potestad de toda persona para disfrutar el uso de sus bienes, siendo opción del Estado la subordinación de tal uso en razón del interés general. Dentro de las restricciones establecidas para los extranjeros, se encuentran las que responden al interés superior de carácter social y cuando exista causa justificada, por lo tanto, el inciso g) del artículo 13 de la LGME, permite a la Dirección General inspeccionar los lugares de trabajo y alojamiento de forma excepcional.

El artículo 24 de la norma constitucional, resguarda el derecho a la **privacidad**:

“ARTÍCULO 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.”

Este tiene relación con el artículo 27 inciso a) de la LGME, que establece la obligación de comunicar todo cambio de domicilio, lo cual no necesariamente debe interpretarse como una intromisión a la intimidad, sino más bien como una

⁴⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17.

necesidad en virtud de la condición en la que se encuentran. Esto en vista de que la misma LGME establece en su artículo 2 que todo lo relativo a la materia migratoria debe entenderse como de interés público como parte esencial de la seguridad pública.

El **derecho de asociación** se encuentra tutelado en tres apartados constitucionales:

“ARTÍCULO 25.- Los habitantes de la República, tienen derecho de asociarse para fines lícitos. Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna.

ARTÍCULO 26.- Todos tienen derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, ya sea para negocios privados, o para discutir asuntos políticos y examinar la conducta pública de los funcionarios.”

Garantiza a toda persona que habite dentro del territorio nacional el derecho a reunirse y de asociarse libremente a fin de realizar cualquier tipo de actividad, siempre y cuando dicha actividad sea lícita. De igual forma los trabajadores y patronos podrán agruparse a fin de defender sus intereses según lo establecido por el artículo 60 constitucional, que establece:

“ARTÍCULO 60.- Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales.”

Esta garantía tiene relación con el artículo 16 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en tanto toda persona tiene derecho a la libertad de reunirse y de asociarse en forma pacífica, libre y voluntaria.

La **libertad de petición** como derecho de pronta resolución se encuentra resguardada para cualquier persona que desee acceso a la justicia, sea en sede administrativa o judicial.

“ARTÍCULO 27.- Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.”

Con respecto a este supuesto, el artículo 25 inciso a) de la LGME indica que toda persona extranjera tendrá el derecho de acceso a la justicia, así como derecho a la petición individual o colectiva, a fin de obtener información de cualquier funcionario público o entidad oficial, como también el derecho a obtener respuesta.

Como garantía para los administrados que desean dar a conocer sus puntos de vista en forma pública y pacífica, la Constitución garantiza el derecho a la **libre expresión**:

“ARTÍCULO 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

ARTÍCULO 29.- Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.”

Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección⁴⁵.

El alcance de la libertad de expresarse, incluye el de no ser molestado a causa de opiniones, de investigar y recibir informaciones y opiniones, y de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión⁴⁶. Por lo tanto, y como parte de todo régimen democrático, este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho al **acceso a información pública**:

“ARTÍCULO 30.- Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Quedan a salvo los secretos de Estado.”

Se asienta la publicidad para asuntos con carácter de interés público.

El derecho a la salud y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como parte del reconocimiento de la dignidad humana, tiene mención en el artículo 50 que reza:

⁴⁵ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 13 inciso 1)

⁴⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19.

“ARTÍCULO 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.”

El Estado costarricense se compromete a garantizar a todos los habitantes del país, su derecho a tener un ambiente sano y equilibrado. Paralelamente, el artículo 25 inciso g) de la LGME establece que toda persona extranjera tendrá derecho de acceder al sistema de seguridad social, así como derecho a asistencia médica de urgencia o emergencia.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado⁴⁷. Los artículos 51 y 52 garantizan el **derecho a fundar una familia** sin distinción de ningún tipo:

“ARTÍCULO 51.- La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado.

Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.”

⁴⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 17 inciso 1)

ARTÍCULO 52.- El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.”

Este derecho, encuentra relación con el **principio de interés superior del menor de edad** recogido en el artículo 55 constitucional:

“ARTÍCULO 55.- La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.”

A fin de garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños y las niñas, se resguarda el principio de interés superior del niño, en concordancia con la Convención de los derechos del niño, el Código de Familia y el Código de la Niñez y Adolescencia, así como toda la legislación interna relacionada con la materia.

Toda persona tiene **derecho al trabajo**, a la libre elección del mismo bajo condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo⁴⁸:

“ARTÍCULO 56.- El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.”

⁴⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23, inciso 1).

El Estado costarricense permite a todo individuo mayor de edad, realizar labores que permitan obtener remuneración en forma digna, libre y siempre y cuando éstos no sean contrarios a la ley. Por su parte, el Código de trabajo, establece en su artículo 200 párrafo último, que todo trabajador extranjero gozará de los mismos beneficios que goza un nacional.

De igual manera, se establece el derecho de todo patrón o trabajador de sindicalizarse libremente con el fin de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales, según lo establecido en el artículo 60 constitucional.

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. La **libertad de culto** está plasmada en el artículo 75 de la norma constitucional, la cual establece:

“ARTÍCULO 75.- La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres”

Toda persona que habite dentro de territorio costarricense tiene derecho a elegir la religión que más se adapte a sus creencias si es que así lo desea, o bien en su propio credo si así lo considera⁴⁹. Este derecho incluye la libertad de cambiar

⁴⁹ Relación con el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

de religión o de creencia, así como la libertad de manifestarlo de forma individual o colectiva, tanto en público como en privado⁵⁰.

Tal como lo indica la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 26, toda persona tiene **derecho a la educación**, y ésta debe además ser gratuita. A nivel constitucional, este derecho está reconocido por los artículos 77 y 78 que establecen:

“ARTÍCULO 77.- La educación pública será organizada como un proceso integral correlacionado en sus diversos ciclos, desde la preescolar hasta la universitaria.

ARTÍCULO 78.- La educación preescolar y la general básica son obligatorias. Estas y la educación diversificada en el sistema público son gratuitas y costeadas por la Nación.

(...)

El Estado facilitará la prosecución de estudios superiores a quienes carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las becas y los auxilios estará a cargo del Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley.”

Se protege el derecho a la educación estableciendo la educación preescolar y la general básica como obligatorias y gratuitas. Además, se establece como pública la educación preescolar hasta la enseñanza universitaria.

⁵⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18.

El derecho a la educación tiene por objeto el desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales⁵¹.

B. Jerarquía en relación con el derecho interno.

La existencia de un orden interno y otro internacional en materia de derechos humanos representa una complicación para la aplicación práctica de los mismos, situación que ha desplegado una pluralidad de posiciones a nivel doctrinal. Sin embargo, lo que en primera instancia pareciera un obstáculo a nivel de interpretación judicial, ha encontrado una solución salomónica dentro de la jurisprudencia nacional tal como se verá a continuación.

La doctrina considera que la materia del derecho internacional debe ser determinada por el derecho constitucional de cada Estado, así, toda incorporación de normas internacionales dentro del derecho interno tendrá un rango específico dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico correspondiente.

Anteriormente, para que el derecho internacional adquiriera validez dentro del derecho interno de un estado, era necesario que éste aceptara expresamente, entendiéndose, mediante acuerdo, esa auto-limitación.

“...el único Derecho 'originario' era el interno, fruto el más genuino de esa soberanía, de la que el Internacional adquiriría su única posible

⁵¹ *Ibid*, artículo 26.

*validez mediante una fórmula típicamente contractual, de autolimitación: los pactos y la propia costumbre internacionales constituían Derecho y, por ende, vinculaban a los Estados solamente en cuanto eran producto, expreso en los tratados, tácito en la costumbre, de su libre y soberana voluntad.”*⁵²

A fin de determinar el rango jerárquico de las diferentes normas que entran a conformar el ordenamiento interno de un estado, la doctrina realiza una división según el rango de cada una de ellas. Así, se habla del *rango supra-constitucional* a las normas consideradas por encima de la constitución nacional; un *rango constitucional*, con respecto a las colocadas en el mismo nivel de la carta fundamental; de un *rango supra-legal*, a las normas situadas por debajo de la constitución nacional pero por encima de las leyes ordinarias; y de un *rango legal*, aquellas que les reconoce el mismo estatuto que la ley ordinaria⁵³.

La misma doctrina reconoce que en materia de incorporación de normas de origen internacional a nivel interno, ésta es determinada por el propio derecho constitucional de cada Estado. En otras palabras, la interpretación de la aplicación a nivel interno de normas intencionales de derechos humanos variará en razón de la jerarquía que el ordenamiento establezca para las mismas.

⁵² Piza Escalante, Rodolfo E. (1998) “El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica” en *Liber Amicorum Vol I*, p. 171.

⁵³ Del Toro Huerta, Mauricio Iván (2000), *op. cit.*, pp. 87-88

El profesor Piza Escalante considera que en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos, no debe existir conflicto entre el derecho interno ni el primero, sino mas bien debe prevalecer armonía entre éstos, donde según sea el caso particular, debe prevalecer el *que mejor proteja y garantice al ser humano* el derecho humano en cuestión.

*“...en lo que se refiere a los derechos humanos; con la consecuencia absolutamente obligada de que, o en esta materia prevalece el Derecho Internacional, o bien, como debe, a mi juicio, decirse mejor, en realidad no prevalece ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice al ser humano, en aplicación, además, del 'principio pro homine' propio del Derecho de los Derechos Humanos.”*⁵⁴

Particularmente en materia de derechos humanos, existe la tendencia de equiparar los derechos consagrados en instrumentos internacionales con derechos constitucionales⁵⁵.

De igual forma, el documento narrativo del Programa Interamericano, en el marco de la Organización de Estados Americanos, para la promoción y protección de los Derechos Humanos de los y las Migrantes, coincide con esta postura e indica:

⁵⁴ Piza Escalante, Rodolfo E. (1998), *op. cit.*, pp.183.

⁵⁵ Del Toro Huerta, Mauricio Iván (2000), *op. cit.*, pp. 88

“La mayoría de los Estados, hoy en día, han adoptado la doctrina monista de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, según la cual ambos sistemas jurídicos (derecho internacional y derecho interno) están interconectados, admitiéndose la posibilidad de una incorporación automática y una aplicación directa de las normas de derecho internacional por los tribunales de justicia y las autoridades administrativas internas.

En consecuencia, la protección debe concebirse como una sola con dos dimensiones, la internacional y la nacional, complementarias en virtud del “principio pro persona”, según el cual se debe aplicar la norma que más favorezca y proteja los derechos humanos de la persona sin importar el orden o ámbito donde se encuentre.”⁵⁶

La doctrina mantiene una posición marcada con respecto al conflicto de la jerarquía de las normas internacionales dentro del derecho interno en materia de derechos humanos, situación que viene a consolidar lo ya expuesto por la Sala Constitucional que perpetúa el carácter universal de estos derechos.

“...de la mano de varios precedentes de nuestro Tribunal Constitucional, suficientes como para marcar una dirección jurisprudencial irreversible, que en Costa Rica se ha logrado vencer, en la materia específica del Derecho de los Derechos Humanos (...) como la

⁵⁶ Centro Acción de Pro-Derechos Humanos. (2002) *Programa Interamericano, en el marco de la Organización de Estados Americanos, para la promoción y protección de los Derechos Humanos de los y las Migrantes*. Documento narrativo, párrafos 102 y 103.

discusión sobre el rango y valor que en el orden interno haya de darse a las normas y principios internacionales, discusión en la que nuestra Sala Constitucional ha descubierto, en resumen, una tercera vía, profundamente anclada en la naturaleza misma de ese Derecho de los Derechos Humanos, ni interno ni internacional, sino auténticamente universal.”⁵⁷

Complementariamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establece:

“...tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93)...”⁵⁸

⁵⁷ Piza Escalante, Rodolfo E. (1998), *op. cit.*, pp.187.

⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 2313-95 de las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco. Expediente: 0421-S-90. San José, Costa Rica.

A nivel nacional, se dota de la relevancia mínima que la materia requiere, y se establece un precedente en la jurisprudencia nacional, la cual no solo brinda armonía entre el derecho internacional y el interno, sino que rescata la idea principal de la protección de los derechos humanos al otorgarles un rango superior al constitucional.

El conflicto de jerarquía entre la norma interna y los tratados internacionales que resguardan derechos humanos, acaba con la interpretación jurisprudencial de la Sala, toda vez que, las segundas tienen rango constitucional, e inclusive, se da prioridad a toda norma internacional que otorgue mayores derechos o garantías a las personas.

Sección III. Legislación migratoria costarricense.

A. Elementos esenciales de la legislación migratoria.

a. Migrante y migración.

Desde sus inicios, el proceso de organización social ha sido acompañado por la migración de las sociedades, sin embargo, las condiciones imperantes distan de ser las mismas en la coyuntura contemporánea donde el factor económico es determinante.

La Organización Internacional para las Migraciones define el fenómeno de la migración como el *“movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo, que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su*

*tamaño, su composición o causas...*⁵⁹. Este concepto, abarca tanto la migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas y como también a los migrantes económicos.

A pesar de que la OIM reconoce la carencia de una definición universalmente aceptada del término *migrante*, considera que dicha acepción generalmente abarca los casos en los que la decisión de migrar es voluntaria, por ende, sin la intervención de factores externos que le obliguen el desplazo.

Dicha interpretación se desprende del artículo primero del estatuto constitutivo de la OIM, el cual advierte sobre los casos en los cuales la decisión de migrar es tomada voluntariamente por *razones de conveniencia personal*⁶⁰, y que establece:

“Artículo 1:

1. Los objetivos y las funciones de la Organización serán:

*a) concertar todos los arreglos adecuados para asegurar el traslado organizado de los migrantes para quienes los medios existentes se revelen insuficientes o que, de otra manera, no podrían estar en condiciones de trasladarse sin asistencia especial hacia países que ofrezcan posibilidades de inmigración ordenada;...*⁶¹

⁵⁹ OIM (2006) *Glosario sobre migración*, p. 38.

⁶⁰ *Ibid*, p. 41.

⁶¹ Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones, artículo 1.1. a).

Sin embargo, la dinámica de los factores migratorios es más compleja que los alcances dados por la OIM con respecto a la definición de estos términos, por lo que resultará necesario realizar una diferenciación sobre las circunstancias que rodean cada caso específico, y según las cuales, ésta puede ser regular o irregular.

La migración es regular cuando el desplazamiento se realiza a través de canales regulares y legales⁶², ésta se produce en apego a las prácticas migratorias de los Estados involucrados. Contrario sensu, será considerado como migrante irregular, toda persona que ha ingresado al territorio de un Estado, incumpliendo con las normas de admisión del país receptor; o bien, aquel que tras vencimiento de su visado, deja de tener ese estatus legal, por lo que no se encuentra autorizada para permanecer en el país en que se encuentra.

La OIM considera que no existe una definición universalmente aceptada de migración irregular, sin embargo, la reconoce de forma general como aquella que se realiza al margen de las normas de envío, de tránsito o receptor⁶³.

La errónea percepción de los migrantes etiquetados como “ilegales”, utilizada comúnmente por los medios de comunicación y por las mismas autoridades, conllevan a asociar al sector de migrantes indocumentados en una categoría

⁶² OIM (2006), *op. cit.*, pp. 41.

⁶³ OIM (2006), *op. cit.*, pp. 40.

equivoca como lo son los criminales, fomentando la discriminación, la xenofobia y la intolerancia de los habitantes del país receptor.

Respecto a esto, Ubeda considera que mas allá de considerar la migración irregular como un *calificativo jurídico*, ésta refleja una condición de categorías con características propias:

“...la dinámica de esa migración lleva en busca de mecanismos de protección para una población migrante que no posee un estatuto que se ajuste a su particularidad que, en gran parte, es caracterizada por la vulnerabilidad social, cultural y económica en que se encuentran los migrantes.”⁶⁴

En referencia a este aspecto, la LGME establece la ilegalidad del ingreso o permanencia en el país, por parte de una persona extranjera cuando haya ingresado por un lugar no habilitado o sin someterse a los controles migratorios, o bien, cuando permanezca en el país sin cumplir las disposiciones reguladoras de su ingreso y permanencia⁶⁵.

b. Legislación migratoria integral.

Antes de avanzar con este apartado, se debe tener presente la dualidad que existe entre el régimen jurídico interno-externo, en vista de la insuficiencia del

⁶⁴ Ubeda Gioconda (2002) “Políticas públicas, protección de los migrantes y relación con el derecho internacional de los derechos humanos” en: *Primer curso de capacitación para organizaciones de la sociedad civil sobre protección de poblaciones migrantes*, p. 48-49.

⁶⁵ Ley General de Migración y Extranjería, artículo 121.

primero para garantizar un cumplimiento eficiente de las garantías fundamentales del administrado.

La idea de establecer una legislación migratoria integral efectiva, es precisamente evitar que la solución a eventuales afectaciones de los derechos fundamentales salgan de la esfera interna del Estado donde se consuman, de modo que este pueda obtener los fines que persigue en forma práctica y en armonía con estos derechos.

Para conseguir que la legislación migratoria se plasme en forma integral, resulta necesario establecer mecanismos de interacción entre los sectores involucrados, de modo que se pueda contar con la información adecuada sobre la realidad migratoria, y por lo tanto, las necesidades de los actores. Esta debe ser congruente con el respeto a los derechos humanos, y comprender que se trata de un proceso que puede significar una afectación positiva para la economía si se le aborda desde una perspectiva adecuada.

La elaboración de la legislación migratoria debe concentrarse en aspectos de orden superior, como lo son el respeto a los derechos humanos; el apego a principios y obligaciones de derecho internacional; mantener un balance entre intereses económicos y humanitarios, como también entre el control migratorio;

pero principalmente, brindar un enfoque equilibrado con respecto a la migración irregular, tomando en cuenta las necesidades de ese sector⁶⁶.

La política migratoria integral como política pública, debe ser congruente con el ordenamiento jurídico de cada Estado, de forma tal que se encargue de definir los derechos y responsabilidades de los actores involucrados en el proceso. Más adelante se ahondará sobre este supuesto.

B. Principios generales.

No se busca realizar un estudio profundo de lo que son principios del derecho, lo que realmente interesa resaltar, es que en materia migratoria, estos sirven como cimientos para el establecimiento de la política migratoria de un Estado.

En primera instancia, se encuentra la Constitución Política como norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico, de modo que toda intervención que realice la Administración con respecto a materia migratoria debe dirigirse hacia el norte que ésta establezca, a fin de garantizar el respeto a las garantías mínimas. Consecuentemente, el título segundo de la LGME contempla la orientación que debe tomar dicha política y los aspectos que debe contemplar.

De esta forma, la ley define claramente la selección de flujos migratorios; la facilitación de retorno al territorio de nacionales residentes en el extranjero; el control de ingreso de personas extranjeras, su permanencia y su egreso; como

⁶⁶ Redondo Daniel (2007) *Legislación Migratoria y Derechos Humanos*. Ponencia.

también orientar la migración a zonas cuyo desarrollo considere prioritario⁶⁷, como los aspectos más relevantes en que se orientará la política. Como aspectos a contemplar destacan el apego a los principios reconocidos sobre derechos humanos; la regulación de flujos que favorezcan el desarrollo social, económico y cultural del país; la integración en concordancia con la seguridad pública; y la integración social y seguridad jurídica de las personas extranjeras que residen en el territorio⁶⁸.

Pero sobre la política migratoria se insistirá en el siguiente apartado. Por ahora, se destacarán tres aspectos determinantes dentro del marco de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales: el principio de igualdad ante la ley, el régimen para extranjeros y el principio de soberanía nacional.

a. Igualdad ante la ley.

Partiendo de la vieja concepción aristotélica de que los semejantes han de ser tratados como semejantes y los desiguales como desiguales, el concepto de igualdad se encuentra íntimamente ligado a la idea de justicia, en tanto se configura como uno de los sentidos de la misma⁶⁹.

Instituido este modelo, el desarrollo práctico en la administración de justicia ha aceptado el uso del trato igualitario a quienes se encuentran en circunstancias

⁶⁷ Ley General de Migración y Extranjería, artículo 6.

⁶⁸ *Ibid*, artículo 7.

⁶⁹ Latorre Segura Ángel (1976) *Introducción al derecho*, p. 52-53.

análogas, pues este permite diferenciarlos de los casos que presentan circunstancias disímiles:

“...la exigencia de que los hombres deben ser tratados de manera igual suele basarse en la idea de que son iguales con respecto a determinadas características consideradas esenciales.”⁷⁰

El principio de igualdad se encuentra contemplado en el artículo 33 constitucional, sobre el cual la Sala Constitucional ha señalado sus alcances al establecer:

“...por medio de él, se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes.”⁷¹

Se desprende de esta interpretación, que la aplicación de dicho principio no implica la necesidad de dar el mismo trato en todos los casos, sin antes realizar un análisis de los elementos diferenciadores de relevancia que existan en cada caso particular:

“...lo que establece el principio de igualdad, es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la

⁷⁰ Atienza Manuel (2003) *El sentido del derecho*, p. 175.

⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2008-000054 de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del nueve de enero del dos mil ocho. Expediente: 07-013395-0007-CO. San José, Costa Rica. En relación con las sentencias 1372-92 y 1440-92.

*categoría o grupo que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias, es decir carentes de toda razonabilidad. No corresponde a los jueces juzgar el acierto o conveniencia de una determinada diferencia contenida en una norma, sino únicamente verificar si el criterio de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad es lo que nos permite decidir si una desigualdad viola o no la Constitución."*⁷²

Atienza considera que, cuando se hace referencia a la igualdad en la ley, se pretende señalar que ésta debe estar diseñada de manera que su aplicación *"...produzca resultados igualitarios en cuanto a las condiciones de vida de los ciudadanos."*⁷³

Tal como se indicó previamente, la norma constitucional resguarda el derecho a la igualdad sin distinción discriminatoria de género o de ninguna otra índole, otorgando a todo ser humano las mismas condiciones en dignidad y derechos en circunstancias análogas, y con la particularidad de sufrir ciertas reservas.

b. Régimen de los extranjeros.

Si se retoma la idea fundamental de los derechos humanos como derechos inherentes a la condición humana, éstos no tendrían porque verse sometidos a condicionamientos por factores de nacionalidad. Sin embargo, la ley hace

⁷² *Ibid.*

⁷³ Atienza Manuel (2003), *op. cit.*, pp. 176.

referencia a un *régimen de extranjeros* que les concederá un trato diferenciado con respecto a los nacionales.

Pareciera existir aquí un conflicto entre el régimen en cuestión y el principio de no discriminación. Vale aclarar sin embargo, que las reglas de protección internacional limitan este derecho de exclusión de que gozan los Estados, y es bajo esta perspectiva que se debe abordar este supuesto: el régimen de extranjeros es el puente entre el principio de igualdad ante la ley y el principio de soberanía y autodeterminación de los Estados establecido por la legislación.

El artículo 25 de la LGME delimita el marco de derechos de que gozarán los extranjeros, con respecto a garantías individuales, sociales, y derechos fundamentales debidamente reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional:

“ARTÍCULO 25.-

En Costa Rica, las personas extranjeras gozarán de los derechos y las garantías individuales y sociales reconocidos para las personas costarricenses en la Constitución Política, salvo las limitaciones que establecen la Constitución Política, así como esta y otras leyes. Las normas relativas a los derechos fundamentales de las personas extranjeras se interpretarán conforme a los convenios en la materia de derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Costa Rica que se encuentren vigentes...”⁷⁴

⁷⁴ Ley General de Migración y Extranjería, artículo 25, párrafo primero.

También reconoce la existencia de limitaciones y obligaciones, determinadas por el Estado en el uso de sus potestades de imperio, y en ejercicio de su capacidad soberana para determinar las condiciones de ingreso, permanencia y estadía de los extranjeros. De esta forma, el régimen de extranjeros no es más que una potestad de cada Estado por definir las condiciones con que se administrará este sector específico, donde los principios de igualdad y no discriminación jugarán un papel de equilibrio entre esta potestad y el respeto con normas internacionales.

c. Soberanía Nacional.

Algunos autores consideran que definir una política migratoria va más allá de establecer controles fronterizos, por lo que el verdadero reto, recae en establecer un marco balanceado entre los derechos y deberes del Estado y el respeto a los derechos humanos de los migrantes⁷⁵.

El criterio de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no es ajeno a esta idea, y ha manifestado:

“...una de las manifestaciones de la soberanía del Estado es la de definir la política migratoria a seguir, la cual implica la facultad de regular el ingreso, permanencia y salida de los extranjeros en el territorio nacional, potestad que deberá ser ejercida por el Estado, con absoluto respeto de las normas y principios que integran el

⁷⁵ Ubeda Gioconda (2002), *op. cit.*, pp. 57 y 61., y Peraza Jorge (2007) Estándares Internacionales para la Definición de una política integral: “El reto fundamental de la política es armonizar o establecer un marco balanceado que guiaría la responsabilidad del Estado, la autoridad del Estado y los derechos humanos universales.”

Derecho de la Constitución, atendiendo principalmente a la dignidad del ser humano y a los derechos fundamentales.”⁷⁶

El artículo segundo de la LGME declara expresamente el interés público concerniente a todo lo relativo en materia migratoria, como parte esencial de la seguridad pública, situación de particular importancia en tanto obliga a los demás entes estatales a brindar todo tipo de colaboración en caso de ser necesario.

Paralelamente, la ley internacional afirma la autoridad de los Estados de regular el movimiento de personas a través de sus fronteras y de defender su seguridad. En este sentido, los estados tienen amplia discreción para determinar la admisión de personas dentro de su territorio, controlar el paso por las fronteras, expulsar extranjeros según su condición migratoria y en estricto apego a los requerimientos establecidos, proteger la seguridad del Estado y otorgar ciudadanía a los extranjeros, entre otras.

C. Ley General Migración y Extranjería.

La segunda disposición legal que determina el régimen jurídico de los extranjeros es la LGME, la cual regulará el ingreso, egreso y la permanencia de las personas al territorio nacional, en afinidad con lo establecido en la

⁷⁶ Sala Constitucional de la corte suprema de Justicia. Resolución: 10734-08 de las dieciocho horas del veintiséis de junio del año dos mil ocho. Expediente: 07-015740-0007-CO-V. San José, Costa Rica

Constitución Política y demás convenios internacionales debidamente reconocidos por el ordenamiento nacional⁷⁷.

Resulta imposible obviar cómo la incorporación de una ley de este tipo, debe ser congruente con las necesidades de los sujetos afectados. La política migratoria integral debe partir de ese supuesto, de modo que se evite caer en un cuerpo normativo represivo, logrando alcanzar esa armonía necesaria cuando se pretende regular derechos humanos.

El ente encargado de velar por el correcto cumplimiento del ordenamiento en materia migratoria, y por lo tanto, de la adecuada aplicación de la política migratoria integral, se encuentra establecido por el artículo 12 de la LGME, que crea la “Dirección General de Migración y Extranjería” como órgano del Ministerio de Gobernación y Policía.

Se instaura además un cuerpo policial especializado de la fuerza pública, con amplias potestades como la autoridad de realizar inspecciones y detenciones⁷⁸. La policía especial de migración es también competente para controlar y vigilar el ingreso y egreso al territorio nacional, así como la permanencia y actividades de las personas extranjeras dentro de todo el territorio nacional⁷⁹.

⁷⁷ Ley General de Migración y Extranjería, artículos 15 y 16.

⁷⁸ *Ibid*, artículo 18 incisos h) y l) respectivamente.

⁷⁹ *Ibid*, artículos 15 y 16.

A fin de regular el ingreso, permanencia y egreso dentro del territorio nacional, la DGME habilita puestos migratorios por donde se podrá realizar tanto el ingreso y egreso legal de personas nacionales y extranjeros a fin de desempeñar el tan delicado control migratorio⁸⁰.

Se encarga además de determinar los documentos relativos a comprobar la condición migratoria de los extranjeros, como también los procedimientos para el otorgamiento y obtención de cada categoría. Las categorías migratorias determinarán si el elenco de derechos y obligaciones se amplía o restringe. Paralelamente, la ausencia de algún requisito legal deviene en causal para denegar el ingreso o permanencia en el territorio para un extranjero⁸¹.

Es justamente sobre todos estos supuestos que la Administración comete faltas en perjuicio de los administrados, los cuales desafortunadamente para el caso en estudio, pertenecen al grupo de no nacionales. Es precisamente la ley, la encargada de evitar caer en la vulneración de los derechos fundamentales en relación con sujetos que no cuentan con esa categoría de nacionales.

⁸⁰ *Ibid*, artículos 28 y 29.

⁸¹ *Ibid*, artículos 39 y 38.

Capítulo II. Potestades de la Administración Pública.

Sección I. Principio de legalidad de la administración.

A. El estado de derecho y poder público.

Todo Estado organizado, tiene la responsabilidad de dotar de un sistema efectivo que garantice el orden de convivencia social. Sin embargo, esta obligación se encuentra sujeta a controles para la misma Administración, de modo que la correcta ejecución de sus facultades se realicen en forma regulada a fin de evitar desafueros en su actuar.

“Es a través de la potestad concretamente, como se manifiesta el llamado en la teoría política “poder público”, el cual, (...) se convierte jurídicamente en un haz de potestades singulares atribuidas a la Administración por el ordenamiento.”⁸²

La potestad brinda a la Administración un poder de actuar sobre los administrados ante situaciones específicas. Este poder podrá producir efectos jurídicos en la esfera de los mismos en aras de procurar la convivencia y el bien común.

En este sentido, Ferrajoli se refiere al “Estado de Derecho” como aquel ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y procedimientos legalmente establecidos, y en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley, limitados y vinculados por

⁸² García de Enterría Eduardo (2000) *Curso de derecho administrativo I*, p. 444.

ella. El estado de Derecho se afirma con el principio de legalidad como criterio de *identificación de Derecho válido*⁸³:

*“La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no solo en las condiciones de validez de las normas, sino un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos...”*⁸⁴

A modo de síntesis, el ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración son necesarias para la consecución de sus fines. Estas se manifiestan por medio de la acción administrativa, cuyo ejercicio de las acciones creará, modificará, extinguirá, protegerá o ejercitará relaciones jurídicas concretas en apego a los principios de legalidad administrativa y reserva de ley.

En palabras de García de Enterría: *“...el Derecho, condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa...”*⁸⁵, de igual manera el autor define el principio de legalidad afirmando: *“...la legalidad atribuye potestades a la Administración (...) otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, (...) habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes*

⁸³ Ferrajoli Luigi (2001) *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, p.16.

⁸⁴ *Ibid*, p. 19.

⁸⁵ García de Enterría Eduardo (2000), *op. cit.*, pp. 440.

*jurídicos. Toda actuación administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley...*⁸⁶

Ferrajoli exhibe la grieta abierta a este principio, causada por la gran cantidad de leyes, las cuales son, de por sí, textos complejos, y como estos factores se contraponen a la aplicación eficaz de este principio, abriendo espacio a un elevado grado de discrecionalidad por parte de los aplicadores del derecho, y generando una *pérdida de certeza, eficiencia y garantías*⁸⁷.

B. Principio de legalidad y reserva de ley.

Toda manifestación del aparato estatal debe realizarse en apego a la normativa existente con el fin de evitar violaciones a derechos fundamentales. Por esta razón, resulta elemental comprender el actuar de la Administración Pública con respecto al fenómeno migratorio, pues el resguardo de estas garantías ha de lograrse estableciendo límites a las potestades de imperio, así como controles que garanticen la correcta aplicación de sus facultades.

El principio de legalidad administrativa supone la existencia previa de un precepto jurídico, el cual faculta a la Administración para llevar a cabo cualquier acción determinada, por lo tanto, cualquier acto por parte de la Administración que no esté legitimado por una pauta preexistente, será una actuación irregular. De esta forma, su actuar será conforme a derecho, únicamente cuando ésta

⁸⁶ *Ibid*, p. 441.

⁸⁷ Ferrajoli Luigi (2001), *op. cit.*, pp. 20.

actúe con una cobertura legal antepuesta que garantice la legitimidad de su operar. Afirma Ortiz Ortiz: *“...la conducta de la Administración debe no solo respetar la ley (...) sino obedecerla, en cuanto esta se convierte en condición para que esa conducta administrativa sea legítima, indicando básicamente el fin, el motivo y el contenido de los actos que la Administración puede realizar, aunque sea en forma imprecisa”*⁸⁸

García de Enterría considera el sentido general del principio de legalidad administrativa al afirmar:

*“La Administración es una creación abstracta del derecho y no una emanación personal de un soberano, y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también la legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la Revolución instaure, y que revela como dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos.”*⁸⁹

Éste supone como la Administración se encuentra sometida a la ley, la misma que a su vez regula las potestades de actuación de la primera. Esta legitimidad procede de esta voluntad general, y por lo tanto, el deber del aparato estatal no

⁸⁸ Ortiz Ortiz Eduardo (1993), *op. cit.*, pp. 2.

⁸⁹ García de Enterría Eduardo (2000), *op. cit.*, pp. 434.

será aplicar la ley propiamente, sino el de servir a sus fines generales dentro de los límites de la legalidad⁹⁰.

De esta forma el campo de aplicación de la actividad reglada por parte de la Administración Pública se ve limitado al campo de actuación que la misma ley le permita, según se establece en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública:

“Artículo 11.-

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.”

El principio de legalidad pretende asegurar la correcta aplicación de la conducta administrativa, de modo que estará facultada a hacer solo aquello que la ley expresamente le autorice. Este principio está íntimamente relacionado con el principio de reserva de ley, según el cual, es necesario que toda conducta administrativa encuentre su base en una previsión normativa precedente, la cual autorice dicho comportamiento.

El artículo 11 constitucional es claro al establecer:

“ARTÍCULO 11.- Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los

⁹⁰ *Ibid*, p. 436.

deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella.”⁹¹

Esta disposición impone la necesidad de la existencia de una potestad administrativa, la cual sirve de base para la actuación de la Administración, y sobre la cual la Sala Constitucional ha establecido:

“El artículo 28, en relación con los numerales 9, 11, 104 y 121 inciso 1), todos de la Constitución Política, establece las bases del principio fundamental de reserva de Ley para la restricción de derechos fundamentales. Se trata de una garantía normativa a favor de las personas, según la cual solamente la Asamblea Legislativa, representante de la voluntad del pueblo soberano depositada mediante el sufragio, es competente para adoptar medidas generales que restrinjan el disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales.”⁹²

De este modo, y en virtud del principio de reserva de ley, la Administración podrá regular el régimen de los derechos y libertades fundamentales, únicamente y exclusivamente por ley en sentido formal y material, emanada directamente de la Asamblea Legislativa, y nunca por medio de reglamentos u otros actos normativos de rango inferior.

⁹¹ Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 11 párrafo primero.

⁹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2004-09255 de las dieciséis horas con tres minutos del veinticinco de agosto del dos mil cuatro. Expediente: 03-007301-0007-CO. San José, Costa Rica.

C. La atribución de potestades.

Como se ha indicado anteriormente, la Administración no debe actuar sin una atribución legal previa de potestades. En sentido amplio, García de Enterría define la potestad como “*facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos.*”⁹³

Ahora bien, a diferencia de las relaciones jurídicas entre particulares, la potestad no se genera en relaciones jurídicas como pactos, negocios, actos o hechos jurídicos similares. Las potestades proceden del ordenamiento, y por lo tanto se refieren a un ámbito de actuación definido. A estas no corresponde ningún deber, sino al sometimiento de otros sujetos, que soportarán los eventuales efectos jurídicos derivados del ejercicio mismo de dicha potestad: *consiste en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos*⁹⁴. El ejercicio de una potestad, puede encarnar en una afectación de provecho para el administrado, dotándole de una connotación positiva para el mismo; puede causar una carga o limitación, situación más común y que deriva en un connotación negativa para el sujeto; o bien, por último, puede darse el caso de que dicha potestad no llegue a afectar su esfera jurídica.

Se habla de una vinculación abstracta, Administración versus colectividad, donde este conjunto de sujetos es quien debe soportar los efectos jurídicos que

⁹³ García de Enterría Eduardo (2000), *op. cit.*, pp. 441

⁹⁴ *Ibid*, p. 442.

proceden del actuar del aparato administrativo, en el ejercicio de estas potestades.

Esta claro, como la Administración actúa en relación con potestades que le han sido previamente atribuidas, partiendo de este supuesto, esta no podría realizar una actuación concreta, sin preexistencia del precepto legal. Sin embargo, existirán situaciones apremiantes, que excusan a la Administración a la hora de promover una modificación a la legalidad, de forma que se habiliten las potestades necesarias para llevar a cabo dicha acción.

Para García de Enterría, ésta es una función normal de los Reglamentos, y señala como dicho instrumento es además sumamente riesgoso, pues faculta a la Administración para autoatribuirse nuevas potestades, siendo *“los límites propios de la potestad reglamentaria y en particular la reserva de materias a la Ley, es aquí la única garantía para que esa posibilidad no concluya en abuso.”*⁹⁵

Vale la pena mencionar, que no se da en este fenómeno de autohabilitación, una fractura del principio de legalidad, pues se trata de una potestad previamente atribuida.

Toda atribución de una potestad administrativa debe ser expresa, debe existir un precepto normativo que le faculte realizar una acción determinada. Hay una exigencia de explicitud como requisito imperativo y congruente al principio de

⁹⁵ *Ibid*, p. 447.

legalidad: para que la Administración actúe, se requiere un consentimiento positivo. Además, todo poder atribuido por la Ley ha de ser un poder concreto y determinado, un poder jurídico indeterminado es una contradicción al sistema de Derecho pues deben existir límites.

En una estructura compleja, debe existir una distribución de funciones, no se puede pensar en un solo órgano que disponga de todas las competencias. Como tampoco es concebible, que la Administración pretenda un poder general sobre los ciudadanos, deben establecerse potestades concretas.

Ahora bien, resulta importante hacer hincapié en la relación entre las atribuciones específicas y el principio de libertad. Partiendo de la idea general de que todos los seres humanos nacen libres, en ocasiones es necesario restringir esta libertad en beneficio del bien común. García de Enterría hace referencia a la existencia de *excepciones singulares a la situación básica de libertad*:

*“...no toda libertad es limitable por la Ley; las libertades fundamentales o básicas, incluidas en la parte dogmática de las Constituciones, han de asegurar un núcleo personal irreductible y absoluto frente a todos los poderes del Estado y, por tanto, frente a la misma Ley que los define...”*⁹⁶

Si bien es cierto las potestades deben ser siempre concretas, creadas tras un proceso analítico como excepción a la idea básica de libertad en función del

⁹⁶ *Ibid*, p. 450.

beneficio colectivo, no deben bajo ninguna circunstancia ser origen de un poder absoluto en relación con los administrados.

Sección II. Alcance de las potestades de la administración.

A. Potestades regladas y potestades discrecionales.

Las potestades dadas a la Administración han de ser regladas. La ley debe determinar detalladamente cada una de las condiciones concedidas en cada potestad, a fin de que ésta sea replegada a un marco fáctico, limitando su proceder a la mera constatación de este hecho y a la aplicación de las medidas determinadas para ese supuesto.

Como elemento adicional a este principio, la legislación abre un portillo determinante cuando se relaciona con materia migratoria, establecido por el artículo 15 de la LGAP:

“Artículo 15.-

1. La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.”

La potestad discrecional se acciona en caso de ausencia de regulación. La Administración podrá hacer uso de una facultad que abre un marco de inseguridad jurídica pero que es necesario para una correcta administración,

recayendo en mayor responsabilidad para el Estado a la hora de cumplir con sus funciones. De esta forma, para que esta potestad no devenga en arbitraria, debe ejercerse en apego al debido proceso, el cual vigile el proceso propiamente dicho, el fondo del mismo y su resultado, a fin de evitar un actuar arbitrario del aparato estatal que cause una lesión al administrado, y lo que es peor, a sus derechos fundamentales.

Para el profesor Ortiz Ortiz, la discrecionalidad consiste en: “...*la remisión a la voluntad del funcionario que la aplica para que este, con vista de los hechos a cada caso, complete con una propia aquella regulación legal...*”⁹⁷

Como es de esperar, dada la multiplicidad de posibles situaciones, algunas de las condiciones reguladas remitirán a una estimación subjetiva por parte de la Administración con respecto a la integración del supuesto de hecho, al contenido concreto de la decisión aplicable, o ambos, por lo que el ordenamiento, la jurisprudencia, la doctrina y demás fuentes del Derecho, deben establecer límites al proceder administrativo en aquellos casos donde la legislación ha pasado por alto algún escenario.

En virtud de cada potestad conferida, el Estado se encuentra en la obligación de tomar las medidas establecidas por esta potestad en presencia de cada caso concreto, pues el contenido de las consecuencias no debe ser resultado arbitrario del actuar administrativo. Tal como hemos insistido, su proceder se

⁹⁷ Ortiz Ortiz, Eduardo (1993), *op. cit.*, pp. 3 y 4.

encuentra limitado de modo preciso y completo como un intento por garantizar seguridad jurídica.

García de Enterría considera que toda potestad discrecional debe contener elementos reglados, como lo son: la existencia de la misma potestad; la extensión, la cual nunca podrá ser absoluta; la competencia para actuar, y por último; el fin, todo poder es conferido como instrumento para la obtención de una finalidad específica, una necesidad pública.

“...la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, solo que no realizada (...) por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo.”⁹⁸

Se ha aclarado como el principio de legalidad funciona como una garantía sustancial e irrenunciable para el administrado, que surge como imperativo que imponerle límites y atribuciones a toda actuación de la Administración.

A pesar de esto, tal como comenta Ortiz Ortiz, la ley no es capaz de regularlo todo, de ahí la importancia de una figura discrecional que permite referirse a esos elementos inciertos en la ley, otorgando cierta libertad de apreciación a la

⁹⁸ García de Enterría Eduardo (2000), *op. cit.*, pp. 454.

gestión. Se trata de la posibilidad de elegir entre alternativas equivalentes, se presenta como una *libertad de determinación*⁹⁹ del Estado la cual sirve para cubrir los espacios que la legislación ha obviado, abriendo la posibilidad de ir más allá de donde ésta le había permitido.

B. Conceptos determinados e indeterminados.

Siendo el administrado la parte frágil en la relación Estado-administrados, ha de agregarse un elemento extra a esta fragilidad para el caso de la minoría en cuestión. La particular situación del extranjero deviene desventajosa al encontrarse ante una cultura con costumbres ajenas, con una legislación desconocida, y en algunos casos con una marcada brecha de comunicación. El control del flujo migratorio se debe ejercer dentro de límites bien definidos, a fin de evitar una afectación a los derechos fundamentales de la persona o personas sobre quienes recaen los efectos jurídicos causados por una mala praxis administrativa.

Pero esta idea tropieza con algunos supuestos como la noción de discrecionalidad mencionada anteriormente. Sería inadmisibles por parte de la Administración descuidar su finalidad fundamental a causa de una imprecisión o falta en el texto legal, por lo que la potestad discrecional es imprescindible para su correcto desempeño.

⁹⁹ *Ibid*, p. 437

La doctrina considera como concepto determinado, todo aquel concepto que delimite de forma precisa el contenido de una norma, por lo que su aplicación estará limitada a la mera constatación del hecho descrito en la misma, sin que medie la posibilidad de una duda razonable.

“Estos delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. ...están perfectamente determinados, y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (...) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren.”¹⁰⁰

Pero no siempre será posible plasmar ciertamente el ámbito material a que los conceptos han de referirse, y los límites que un enunciado intenta delimitar no siempre se encontrarán exactamente en la norma.

Se topa con un concepto indeterminado cuando un precepto legal quiera delimitar el marco fáctico de una situación que no admite un concepto más exacto, pero que admite ser precisado en el momento de su aplicación, esto es, la indeterminación del concepto no se traduce en la indeterminación de la situación.

“...la Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos por que se trata de conceptos que no admiten nunca una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de realidad que, no

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 457.

obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación.”¹⁰¹

Conviene aclarar que a diferencia de la discrecionalidad, el concepto indeterminado no admite más que una solución justa en la aplicación de un supuesto concreto, toda vez que se intenta subsumir en una categoría legal, circunstancias reales determinadas. Según García de Enterría, el proceso intelectual de quien ejercita una potestad discrecional no existe cuando nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, pues este pertenece a un proceso reglado, no interfiere ninguna voluntad del aplicador, su labor llega a relacionar la realidad en el sentido que el precepto pretende, más no así en su aplicación.

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, la apreciación del hecho remite a una norma que resulta ser poco clara en algún extremo de sus elementos, pero no en cuanto a su aplicación al caso en mención. Bajo este supuesto existe una única solución justa, situación que no se encuentra en los casos de aplicación de la discrecionalidad, donde se puede dar una pluralidad de soluciones.

C. Control de la discrecionalidad.

De la misma forma que las potestades se encuentran regladas a fin de establecer un límite en el actuar de la Administración, el actuar discrecional debe

¹⁰¹ *Ibid*, p. 457.

ser particularmente controlado dada su naturaleza. La ley establece de forma precisa el alcance de una potestad, situación que no se da al momento de realizar una valoración discrecional con respecto a un caso específico.

“...la esencia de la discrecionalidad radica en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad, supuesto que para la norma habilitante todas ellas son igualmente aceptables, en principio.”¹⁰²

Queda claro la importancia de mantener un control de la discrecionalidad, el cual opere en observancia de esos límites que han sido previamente establecidos en cada caso, a fin de fijar esa libertad de elección.

El artículo 17 de la Ley General de Administración Pública señala:

“La discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario.”

Surge así la inquietud sobre cómo controlar el actuar discrecional por parte de la Administración. García de Enterría menciona tres técnicas utilizadas para controlar este ejercicio:

- a. Control de los elementos reglados: el control del fin y la desviación de poder.

Siendo el ordenamiento el origen de la potestad discrecional, esta será legítima únicamente cuando respete los elementos reglados que condicionen dicha atribución, los mismos que garantizarán el fin público que justifica su existencia.

¹⁰² *Ibid*, p. 481.

Al ser el ordenamiento jurídico una realidad dinámica, deviene imposible regular la totalidad de situaciones fácticas, por lo que destaca en cada apreciación una valoración sobre el fin perseguido a través de un acto administrativo, el cual debe adecuar las circunstancias a dicho fin. En todo acto discrecional, se encontrarán elementos reglados que prevengan una posible dimisión del control que debe mantenerse.

Es aquí donde surge la doctrina denomina el fenómeno de la “*desviación de poder*”:

*“Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico.”*¹⁰³

La Administración pública se encuentra sujeta a la ley para poder desenvolverse, su operar se encuentra reglado, y como tal, está dirigida a la consecución de un fin específico que le atribuye la potestad de actuar y que condiciona su competencia.

Se topa con una desviación de poder, toda vez que la decisión adoptada se realice en consideración a un fin distinto al reglado, por lo que dicho proceder deviene en ilegítimo y por lo tanto debe ser anulado. Para García de Enterría, este es un vicio de estricta legalidad, por lo que se debe controlar en atención al

¹⁰³ *Ibid*, p. 467.

cumplimiento del fin concreto que señala la norma que habilita a la Administración.

b. Control de los hechos determinantes.

La potestad discrecional opera toda vez que se produzcan las circunstancias previstas en la norma que habilita a actuar, por lo tanto, de no existir conformidad en cuanto a como acontecieron los hechos en el plano material, no puede darse un uso correcto de este poder discrecional.

Es necesario comprobar los hechos, la Administración no puede pronunciarse sobre conjeturas u afirmaciones no comprobadas: los poderes discrecionales operan únicamente cuando se producen las circunstancias de hecho previstas.

“...la existencia y características de los hechos determinantes escapan a toda discrecionalidad y (...) el control de aquellos hechos queda en cualquier caso remitido a lo que resulte de la prueba que pueda practicarse en el proceso correspondiente. ‘Los hechos son tal como la realidad los exterioriza’...”¹⁰⁴

No se entra a discutir sobre la existencia del hecho como tal, no es objeto de la potestad discrecional determinar si el hecho se produjo, o cómo se produjo. Interesa más bien, su adecuación al presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata.

¹⁰⁴ *Ibid*, p. 473.

c. Control por los principios generales del derecho.

La última tesitura está dirigida al control de la discrecionalidad por medio de los principios generales del Derecho. Mientras que la ley otorga la potestad de obrar a la Administración Pública, estos fundamentan y estructuran la esfera de acción de la misma.

La Administración opera en razón del bien común, principio fundamental que justifica su existencia, y motivo por el cual cualquier acto realizado por ella se debe dirigir al servicio de la comunidad. Hay que recordar que el poder de la Administración no es absoluto, lo que le impide utilizar su potestad discrecional para apartarse del servicio común.

D. Discrecionalidad y arbitrariedad.

El Estado se encuentra en la obligación de aportar razones que justifiquen cualquier decisión, a fin de establecer un nivel de distinción entre lo discrecional y lo arbitrario. Se topa con un actuar discrecional por parte del poder público cuando existan motivaciones considerables, y no en una calidad que las haga inacatables.

*“El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple porque sí queda, así, formal y solemnemente erradicado...”*¹⁰⁵

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 478.

En cambio, el actuar de la Administración devendrá en arbitrario cuando no exista una motivación, o la que existe denota haber sido redactada sin un análisis de fondo. Esta justificación resulta necesaria para garantizar el apego a las garantías procesales del administrado, evitando que el sistema caiga en un estado de inseguridad jurídica.

Sección III. Potestades administrativas en materia migratoria.

A. Atribución de potestades por la LGAP.

La Ley General de Administración Pública otorga personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado a la Administración¹⁰⁶, establece además los estándares a los que se encuentra sujeta y que le autoriza a desempeñar. A diferencia de los sujetos particulares, la organización y actividad del Estado se encuentra regulada por el derecho público¹⁰⁷, y por lo tanto, ligado a los principios de legalidad y reserva de ley.

Esta sujeción a la ley, no solo limita el actuar administrativo, sino que es responsable de otorgarle potestades con las que podrá llevar a cabo el cumplimiento de sus fines. Una vez otorgadas estas potestades, la Administración se encuentra en la posibilidad de realizar actos productores de efectos jurídicos en la esfera de terceros.

¹⁰⁶ Ley General de Administración Pública, artículo 1.

¹⁰⁷ *Ibid*, artículo 3 Inciso 1).

Las características generales de las potestades se encuentran claramente establecidas en la ley:

“Artículo 66.-

*1. Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.”*¹⁰⁸

Es en virtud del principio de reserva de ley, que el titular de la potestad se encuentra facultado para ejecutarla, pero nunca para transferirla. Considera la doctrina, que su naturaleza se debe a que las mismas son *“indisponibles por el sujeto en cuanto creación del derecho objetivo supraordenado al mismo”*¹⁰⁹. Las potestades proceden directamente del ordenamiento, por lo que sus alcances son regulados y previstos por el mismo.

La doctrina reconoce también la imprescriptibilidad de las potestades, sin embargo considera que éstas pueden estar sometidos a caducidad:

“...son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de

¹⁰⁸ *Ibid*, artículo 66 Inciso 1).

¹⁰⁹ García de Enterría Eduardo (2000), *op. cit.*, pp. 443.

*modificación por el titular; solo la Ley, en que tienen su origen, pede alterarlas o extinguirlas.”*¹¹⁰

Algunos autores consideran que las potestades *constituyen un reflejo cualificado del poder general del Estado*¹¹¹, y por tanto, lo real y existencial es el poder como capacidad propia del orden estatal.

Tal como se ha venido apuntando, la atribución de potestades previene de un orden despótico u desorganizado. Por el contrario, establecen un sistema indispensable de garantías para los administrados en la correcta gestión de poder en manos de un ente abstracto como lo es el Estado.

B. Atribución de potestades específicas.

Paralelo al orden constitucional y al régimen de potestades atribuido en la LGAP, se encuentra una ley encargada de regular una la materia específica que nos concierne. La Ley General de Migración y Extranjería, establece no solo el marco de acción para alcanzar los fines de la política migratoria, sino también define las potestades específicas para la consecución de ese fin.

El correcto desempeño y apego a lo establecido en este cuerpo normativo por parte de los órganos tendientes a ejecutar las potestades aquí conferidas, se traduce en una gestión congruente con el respeto a los derechos humanos en

¹¹⁰ *Ibid*, p. 443.

¹¹¹ Dromi José Roberto (1992) *Derecho administrativo*, p.152.

materia migratoria. Por el contrario, un mal desempeño en sus funciones, implicará la necesidad de conocer en vía judicial las injerencias cometidas por estas carteras.

Pero la situación puede agravarse, en caso de falta de competencia por alguna autoridad judicial, o la misma ineficiencia por parte de los mismos, puede significar la asistencia de un ente externo que entre a conocer las impertinencias cometidas por la Administración en materia de derechos humanos, de modo que se reestablezcan las condiciones idóneas a favor de él o los afectados.

Conviene definir aquí las atribuciones conferidas por la ley en cuestión, las mismas que se verán a continuación:

a. Consejo Nacional de Migración.

Se establece la creación del Consejo Nacional de Migración, al cual se atribuyen las facultades de realizar recomendaciones al Poder Ejecutivo sobre la política migratoria, así como el establecimiento de medidas y acciones necesarias para su ejecución.¹¹² Debe además recomendar modificaciones a la legislación y promover la difusión de información sobre materia migratoria.

Este Consejo, debe conocer sobre las solicitudes de residencia de personas extranjeras sometidas a su consideración y emitir recomendaciones con respecto de ellas. Debe asesorar al titular de Gobernación y Policía y a la

¹¹² Ley General de Migración y Extranjería, artículo 11.

Dirección General, en lo referente a política migratoria y convocar al seno del Consejo a cualquier persona física o representante de persona jurídica, relacionada con algún tema en discusión sobre la materia.

b. Dirección General de Migración y Extranjería.

Es éste el órgano ejecutor de la política migratoria, y como tal, desempeña el papel más importante en la concreción de acciones tendientes a este fin. Como tal, su principal función será la de fiscalización de ingreso y egreso de personas al país, así como la permanencia de personas extranjeras.

Esta fiscalización incluye: el rechazo de solicitudes de ingreso de las personas extranjeras que no cumplan los requisitos exigidos; el autorizar o denegar el ingreso y la permanencia de personas extranjeras en el país; impedir el ingreso o egreso de personas extranjeras, o el egreso de nacionales, cuando exista algún impedimento o se incumplan requisitos legales.

Según lo establecido por el artículo 13 de la LGME, la Dirección también se encuentra facultada para:

- Registrar el movimiento internacional de personas y laborar los datos estadísticos correspondientes.
- Crear y mantener actualizado un registro general de personas extranjeras que cuenten con autorización para la permanencia legal.
- Inspeccionar los medios de transporte nacional e internacional.

- Impedir la salida del territorio nacional a medios de transporte internacional, cuyos pasajeros o personal no cumplan las obligaciones de la presente Ley.
- Inspeccionar los lugares de trabajo y alojamiento.
- Formular planes, programas y proyectos presupuestarios.
- Otorgar autorizaciones a extranjeros que pretendan realizar espectáculos públicos.
- Ejecutar la política migratoria y velar por el cumplimiento de la legislación correspondiente.
- Aprobar cambios de categorías migratorias.
- Declarar la ilegalidad del ingreso o permanencia de personas extranjeras.
- Cancelar la permanencia legal de personas extranjeras en el país.
- Ordenar la deportación de personas extranjeras o ejecutar su expulsión.
- Otorgar y renovar los documentos que acrediten la permanencia.
- Fijar el monto de los depósitos de garantía.
- Habilitar o clausurar puestos migratorios para el ingreso o el egreso internacional de personas.
- Otorgar documentos migratorios.
- Autorizar la salida del país de su personal, cuando este deba realizar viajes en razón de las funciones propias de su cargo.
- Coordinar, con las demás autoridades públicas, las acciones que garanticen la aplicación de la presente Ley y su Reglamento.

- Determinar y resolver sobre la exclusión, la cesación y la cancelación de la condición de refugiado.

Se revela así un extensa lista de tareas asignadas a esta entidad, que a su vez debe velar por la correcta gestión de sus intendencias.

Durante años, esta entidad ha sido objeto de fuertes críticas en el desempeño de sus funciones, destacando la lentitud con que se realizan los trámites migratorios, situación que como se verá adelante puede significar un menoscabo de los derechos humanos en situaciones de apremio o urgencia.

c. Policía de Migración y Extranjería.

Se faculta a la Policía de migración para controlar y vigilar el ingreso y el egreso de personas al territorio nacional, así como la permanencia y las actividades de las personas extranjeras¹¹³.

Se le atribuye además fe pública para efectos de notificación, citación y confección de actas, realizar control migratorio durante el ingreso de personas al territorio nacional y su egreso de él, ejecutar el rechazo de las personas extranjeras cuando corresponda, efectuar inspecciones y levantar las actas correspondientes por infracciones a la ley¹¹⁴.

¹¹³ *Ibid*, artículo 15.

¹¹⁴ *Ibid*, artículos 16 y 18.

Cabe destacar la atribución del inciso i) artículo 18, el cual faculta a la Policía de migración para aprehender cautelarmente, por el tiempo necesario, a las personas extranjeras que no demuestren que gozan de una autorización de permanencia legal en el país, a fin de determinar su situación migratoria y tramitar y ejecutar las sanciones pertinentes, cuando corresponda.

d. Agentes de migración en el exterior.

Son funciones de los agentes de migración en el exterior el recibir y remitir solicitudes de personas extranjeras que deseen ingresar a Costa Rica o residir en ella, otorgar la visas de ingreso al país a personas extranjeras cuando proceda, consignar la visa en los pasaportes o documentos de viaje aceptados por Costa Rica de las personas extranjeras cuyo ingreso al país haya sido autorizado¹¹⁵.

Además, estos están facultados para extender pasaporte o salvoconducto a personas costarricenses en el exterior y emitir, previa autorización del director general, documento migratorio para el ingreso a Costa Rica.

Dentro de sus obligaciones se encuentra la elaboración de informes propios de su cargo, así como el deber de informar a la persona extranjera sobre los alcances y las limitaciones de su categoría migratoria.

¹¹⁵ *Ibid*, artículo 22.

C. Interpretación Jurisprudencial.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia migratoria, viene a homologar lo expuesto por la doctrina al afirmar que los derechos y principios de los extranjeros se encuentran reservados a la ley.

Como es bien sabido, las potestades persiguen resguardar fines públicos:

“El Derecho Internacional reconoce a los Estados la facultad de establecer una serie de condiciones para el ingreso por sus fronteras de los migrantes internacionales. Estos poderes jurídicos estatales –como veremos- no son ilimitados, sino que están confinados dentro de determinados parámetros, de modo que los actos de soberanía pueden incrementarse en determinados supuestos o decrecer en otros, según la intención del extranjero de residir o permanecer temporalmente en un determinado Estado. Los inmigrantes, consecuentemente formarían parte del grupo con mayores restricciones jurídicas de ingreso, y éstas tienen la finalidad de proteger a la población nacional preexistente, evitando una sobrepoblación descontrolada de extranjeros que repercuta, por ejemplo, en las áreas laborales y profesionales, o que tenga implicaciones sanitarias y de salud, o tengan repercusiones en áreas sensibles de los órganos del Estado, entre otros.”¹¹⁶

¹¹⁶ Sala Constitucional de la corte suprema de Justicia. Resolución: 10734-08 de las dieciocho horas del veintiséis de junio del año dos mil ocho. Expediente: 07-015740-0007-CO-V. San José, Costa Rica.

Por lo tanto, el establecimiento de reglas de ingreso, egreso y permanencia dentro del territorio nacional, la expulsión por incumplimiento de requisitos legales o por motivos de seguridad nacional, orden público, moral o salud pública, son producto del ejercicio de las potestades soberanas del Estado.

A modo de resumen, el aparato estatal trabaja en función del bien común y toda acción que este realice debe estar enfocada en la obtención de ese propósito. Sin embargo, dada la imperfección del sistema, la creación de límites es necesaria para que éste no llegue a abusar de esa autoridad conferida. Tal como se indicó anteriormente, el Estado es una creación abstracta del derecho, y por lo tanto, tiene su fundamento en la ley. Esta se encarga no solo de dotarle de ese señorío, sino que debe preocuparse por delimitar los alcances en su actuar.

Estas facultades dadas por ley han recibido el nombre de potestades. Así, la Administración en uso de estas y en concordancia con los principios de soberanía y libre determinación, se reservará la facultad de delimitar las condiciones para los extranjeros que ingresen al territorio nacional, en congruencia con las obligaciones adquiridas a nivel internacional sobre derechos humanos y las resguardadas a nivel interno en relación con los derechos fundamentales.

Este régimen que regula los extranjeros, se encuentra determinado por un plan de acción denominado política migratoria, la cual reviste de importancia toda vez

que el eventual desafuero con los principios establecidos en la misma, corren el riesgo de ser elevados a nivel internacional si el sistema interno no es capaz de resolver de forma eficiente esas incongruencias con las obligaciones adquiridas por el Estado.

Título Segundo: Régimen jurídico migratorio y afectación a Derechos Humanos en la actividad material de la administración.

Capítulo I. Régimen jurídico y protección de derechos fundamentales.

Sección I. Establecimiento de la política migratoria.

A. Ley General de Migración y Extranjería.

El contexto migratorio de nuestro país se encuentra en constante oscilación, no solo por la ubicación geográfica del territorio nacional, sino también por las condiciones de desarrollo económico que ofrece.

El fenómeno migratorio como proceso de desplazamiento de población, obedece a consideraciones económicas, políticas, ambientales, culturales, familiares, laborales de seguridad, así como respuesta ante cambios que devienen al proceso de globalización. Por este motivo, los flujos migratorios deben ser regulados con controles eficientes y limitaciones en función del ejercicio de soberanía de cada Estado, quien tendrá la potestad de definir su política migratoria¹¹⁷ y los lineamientos de aplicación de la misma por parte de los órganos competentes para tales efectos.

En la década de los ochentas, este fenómeno se ve considerablemente marcado por conflictos internos propios de los países en la región. En esta década, nuestro país sienta un precedente trascendental en materia migratoria, el nacimiento de la ley N° 7033 de agosto de mil novecientos ochenta y seis que nace como respuesta a una realidad dominante en la región latinoamericana.

¹¹⁷ Ley General de Migración y Extranjería, artículo 5.

Sin embargo, el marco legal creado para contrarrestar la vertiginosa ola de desplazados a causa de conflictos regionales, deviene obsoleto a prácticamente veinte años de cambios no solo internos, sino a nivel regional en general. Ante una connotación indiscutiblemente diferente, motivada fundamentalmente por razones de carácter económico¹¹⁸, urge la necesidad de actualizar el marco legal en ese sentido, de modo que se adapte a las exigencias imperantes.

En respuesta a esta situación, el 12 de diciembre del año 2005 se publica en la Gaceta No. 239 la “Ley de Migración y Extranjería” (Ley No. 8487) como un esfuerzo por definir los parámetros de aplicación en relación con la materia migratoria, y a fin de proveer una solución integral que garantice el respeto mínimo de estándares internacionales. Sin embargo, comienza a regir un cuerpo normativo criticado por académicos, eclesiásticos, la Defensoría de los Habitantes, además de sectores sociales involucrados que le consideran represiva y violatoria de garantías fundamentales.

Como se verá en este apartado, definir una política migratoria de un estado no es tarea sencilla, pues ésta debe considerar fundamentos de carácter universal, como lo son los Derechos Humanos, además de principios generales de derecho internacional, instrumentos y convenciones relacionados. La capacidad de cada Estado para definir sus prácticas migratorias no debe ser arbitraria, sino que

¹¹⁸ Pizsk Sandra (2001) “La experiencia y el papel de la Oficina del Defensor del pueblo en la formación de redes de protección y asistencia para migrantes y refugiados” en: *Migrante y refugiado. III Encuentro de movilidad Humana*, p. 243.

debe tomar en consideración elementos que sirvan como filtro para su regulación y aplicación práctica, y que servirán no solo como límites, sino también como fuente y eje transversal de su desarrollo.

Ahora bien, y como se pretende demostrar en esta investigación, los cambios consentidos en la legislación actual parecieran no garantizar el correcto cumplimiento y apego a estándares internacionales mínimos, lo que hace necesaria una reforma a la Ley de Migración y Extranjería en vigencia.

Dicha reforma, se encuentra siendo tramitada en el Congreso bajo expediente N° 16.594, desafortunadamente, este urgente proceso se ha visto entorpecido dada la trascendencia de proyectos con mayor peso político, y que han sido prioridad para los últimos gobiernos.

B. Alcances de la política migratoria.

a. Criterios para establecer la política migratoria.

La legislación nacional no establece una definición concreta de “política migratoria” como tampoco lo ha podido establecer la doctrina de una forma precisa. Para Cançado Trindade, al no existir un derecho humano a inmigrar, el ingreso migratorio a un territorio estará sujeto a los criterios soberanos de cada Estado¹¹⁹.

¹¹⁹ Cançado Trindade Antonio Augusto (2001) *Cuadernos de trabajo sobre migración. Elementos para un enfoque de Derechos Humanos del fenómeno de los flujos migratorios forzados*, pp.15-16.

Las políticas públicas son un *instrumento para gobernar*¹²⁰ que deben responder a las demandas de la colectividad, y por lo tanto, su ejecución y seguimiento debe adaptarse a las necesidades imperantes.

A falta de una definición concreta en la legislación, y para que la elaboración de estas políticas sea efectiva, es necesario conocer el fenómeno migratorio en forma integral y de esta forma contemplar una estrategia que se adapte a las exigencias de los flujos migratorios.

Según Ubeda, para la elaboración de una política migratoria el gobierno en cuestión debe conocer la dinámica del fenómeno, su multidimensionalidad, características, complejidad, causas, efectos, así como la vasta gama de factores que intervienen en el mismo. Además, aprovecha para enunciar algunos niveles, los cuales, a su parecer, deben ser tomados en cuenta en aras de buscar paridad en el actuar de la administración respecto al extranjero, y que citaremos a continuación¹²¹.

En primera instancia, considera la autora el nivel de “*relaciones políticas-económicas entre países de origen y recepción*”: se deben determinar las causas de migración en forma integral, en lugar de las razones en particular de cada migrante, siendo la asimetría económica y social una de las causas principales de emigración hacia países con mejores condiciones laborales.

¹²⁰ Ubeda Gioconda (2002), *op. cit.*, pp. 53.

¹²¹ *Ibid*, p. 55-56.

A primera vista, salta la incógnita de si será posible encontrar una respuesta a este punto sin caer en políticas restrictivas violatorias de derechos humanos acordes a tratados internacionales, en defensa del trabajador migrante por parte del país receptor y sin dejar de lado la búsqueda de soluciones al problema de deserción por parte del país de origen.

Consecutivamente, hace referencia al nivel de “*relaciones entre sectores dentro de las sociedades*”: de forma que exista acuerdo entre las posiciones de los distintos sectores involucrados, a fin de armonizar las políticas públicas, dejando de lado toda política sectorial que pueda entorpecer dicho proceso, pues una política migratoria no puede ni debe enfocarse únicamente en un aspecto.

La sociedad civil e instituciones públicas juegan un papel trascendental en el desarrollo de las políticas migratorias, en tanto el gobierno tiene la responsabilidad de convenir soluciones íntegras a dichas demandas. Cabe destacar el papel que han tenido los grupos sociales involucrados en la materia, los mismos que gracias a su aporte han dan paso a la iniciativa de una reforma a la ley actual.

Por último, destaca como tercer nivel el de la “*relación entre gobierno-migrante*”: que pretende un trato equitativo entre el migrante y el nacional, esto es, el

respeto a los principios de no discriminación, la igualdad de trato y oportunidades, como el respeto de sus derechos fundamentales.

Es evidente como la autora hace referencia al ya mencionado principio de igualdad, resguardado en los artículos 19 y 33 de la Carta Magna. También cabe hacer mención sobre los artículos 60 y 68 constitucionales, los cuales realizan una diferenciación explícita entre el trato diferenciado entre nacionales y extranjeros en materia laboral.

El párrafo segundo del artículo 60¹²² en mención, prohíbe a los extranjeros ejercer dirección o autoridad en los sindicatos, mientras que el párrafo segundo del artículo 68¹²³ constitucional, establece que en igualdad de condiciones, debe existir un trato preferencial al trabajador nacional en cuanto a ventajas o condiciones de trabajo.

Tomando en cuenta estos parámetros, sería irresponsable pensar en una política unilateral dirigida a un control fronterizo restrictivo; así como tampoco se podría pensar en una política sectorial, que deje de lado el resto de las políticas públicas vinculadas.

¹²² Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 60 párrafo segundo: *“Queda prohibido a los extranjeros ejercer dirección o autoridad en los sindicatos.”*

¹²³ *Ibid*, artículo 68: *“No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores. En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense.”*

“...un concepto de política migratoria integral implica una visión regional del fenómeno...”¹²⁴

Cada Estado, en uso de su facultad soberana tendrá la autoridad para establecer controles sobre los flujos migratorios y la permanencia de los extranjeros en su territorio, así como la de formular legislación al respecto como respuesta ante el fenómeno migratorio. Paralelamente, y en apego al principio de seguridad pública, se encuentran normas y principios con carácter de *ius cogens* e instrumentos internacionales con respecto a derechos fundamentales, a fin de garantizar la correcta participación por parte del Estado. En este sentido, la Sala Constitucional, en su resolución No. 1312-99 del 23 de febrero de 1999, establece:

“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 (...), potestad que debe ejercer con absoluto respeto a los principios u normas constitucionales, para garantizar al extranjero un trato objetivo, fundado en la dignidad del ser humano y el respeto de los derechos fundamentales.”

Paralelamente, el artículo 19 de la Constitución Política establece el régimen jurídico al que estarán sometidas las personas extranjeras:

¹²⁴ Ubeda Gioconda (2002), *op. cit.*, pp. 57 y 61.

“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.”

Estableciendo de esta forma excepciones y limitaciones que encontrarán complemento con la política migratoria, los cuales según criterios doctrinarios y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no deben entenderse necesariamente como una negación del principio de igualdad. Según lo establece en la Opinión Consultiva OC-18-03:

“En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El termino distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación su utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.”

Eso sí, estas restricciones deben ser congruentes con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, la Sala Constitucional hace referencia al alcance que tiene una política migratoria, en tanto hace referencia a las limitaciones que esta debe considerar a la hora de su materialización:

“...la mayoría de los instrumentos de derechos humanos han introducido una serie de limitaciones a la política migratoria de los países, en resguardo de los derechos humanos de los extranjeros, por lo que se puede afirmar que la potestad soberana de los Estados para definir sus políticas migratorias encuentra como límite la protección de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción...”¹²⁵

Es precisamente dentro de este ángulo que se determina el alcance de la Política Migratoria por parte de la Administración Pública, la cual no solo puede restringir las condiciones de acceso y estadía al territorio nacional, sino que debe garantizar que su actuar no acabará en la violación de algún derecho fundamental. De esta forma, cualquier manifestación hacia un administrado por parte del Estado debe realizarse en armonía con los principios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, como también en congruencia con los derechos fundamentales reconocidos.

b. Política migratoria según la legislación costarricense.

Partiendo de esa idea general de una política migratoria integral, corresponde estudiar la norma que plasma el proceso de aplicación de la misma a la luz de

¹²⁵ Sala Constitucional de la corte suprema de Justicia. Resolución: 10734-08 de las dieciocho horas del veintiséis de junio del año dos mil ocho. Expediente: 07-015740-0007-CO-V. San José, Costa Rica.

esta corriente. Tal como se anotó anteriormente, es necesario que la ley establezca los medios para la materialización de dicha estrategia.

Así, toda política concerniente a materia migratoria, debe ser congruente con los criterios establecidos en el Título II de la LGME 8487, sobre “Los principios generales de la política migratoria.”

De igual forma, la política debe estar orientada a los criterios establecidos en los artículos 6, 7 y 8, los cuales establecen lineamientos dirigidos a:

- a) Seleccionar los flujos migratorios, facilitar el retorno de las personas nacionales residentes en el exterior, controlar el ingreso de personas extranjeras al país, su permanencia en él, así como su egreso, orientar la inmigración a las zonas cuyo desarrollo se considere prioritario¹²⁶;

- b) Contemplar el no desplazamiento de la mano de obra nacional por la incorporación de trabajadores inmigrantes, respeto a los derechos humanos y las garantías constitucionales de toda persona extranjera, la integración de las personas extranjeras que permanezcan legalmente en el país, así como la protección de las costumbres y de la convivencia pacífica de los habitantes del país por medio de políticas restrictivas al ingreso de personas

¹²⁶ Ley General de Migración y Extranjería, artículo 6, incisos a), b), c) y d).

extranjeras cuando este altere los elementos y valores de convivencia¹²⁷; y

- c) Planificar la inmigración tomando 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 y 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, los informes de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), los requerimientos e informes suministrados por los Ministerios de Agricultura, Economía, Comercio Exterior y Trabajo y Seguridad Social, así como el Ministerio de Planificación y el Instituto Costarricense de Turismo (ICT), las restricciones que establezca, por seguridad pública, el Poder Ejecutivo, los planes de desarrollo turístico elaborados por el ICT, informes del Ministerio de Educación Pública, Los informes que emitan el Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos, el Ministerio de Planificación y el Instituto Nacional de Estadística y Censos, y los requerimientos e informes suministrados por las empresas

¹²⁷ *Ibid*, artículo 7, incisos a), b), c) y d).

estatales y las cámaras empresariales, agropecuarias, agroindustriales, pesqueras, turísticas o similares¹²⁸.

Se advierte como estos criterios, ofrecen una dirección a la política migratoria, como respuesta a la búsqueda de soluciones ante necesidades de un entorno tan complejo, y ante la carencia de una definición dentro del cuerpo normativo. Se establecen entonces, los parámetros por los que se regirá el actuar de la Administración en esta materia, atribuyendo la responsabilidad de ejecutar y fiscalizar la aplicación de dicha política en relación a las competencias y funciones que le señala dicha ley, a la Dirección General de Migración y Extranjería.

Se hará una pausa aquí, para resaltar como pareciera no existir ningún tipo de control en la ley, que avale la correcta aplicación de la misma en relación con las precauciones mínimas que la Administración debe garantizar, a fin de no incurrir en un abuso en la aplicación de sus potestades.

Deviene imprescindible citar los instrumentos internacionales aceptados dentro del sistema jurídico interno, relacionados con este apartado, en concordancia con el “Derecho de Circulación y de Residencia” establecido en el artículo 22 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según lo enunciado en dichos artículos, toda persona tiene derecho a circular libremente por el territorio del

¹²⁸ *Ibid*, artículo 8, incisos a), b), c), d) e), f), g), h), i) y j).

Estado en que se encuentre, con sujeción a las disposiciones legales del mismo, y mantiene la misma facultad para salir de cualquier país. Complementariamente, el inciso 3) de ambas normas¹²⁹ indica que el ejercicio de estos derechos no puede ser restringido sino en virtud de una ley, clara referencia a los principios de legalidad administrativa y de reserva de ley.

c. Interpretación jurisprudencial.

La Sala Constitucional realiza también un aporte en la interpretación de lo que se debe entender como política migratoria y su aplicación. Esta ha destacado cómo las políticas públicas no pueden ser arbitrarias o absolutas, y más bien, afianza la idea de que estas se encuentran sujetas a toda garantía establecida en instrumentos de derechos humanos:

“...la mayoría de los instrumentos de derechos humanos han introducido una serie de limitaciones a la política migratoria de los países, en resguardo de los derechos humanos de los extranjeros, por lo que se puede afirmar que la potestad soberana de los Estados para definir sus políticas migratorias encuentra como límite la protección de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción.”¹³⁰

¹²⁹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 22 inciso 3); y, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12, inciso 3).

¹³⁰ Sala Constitucional de la corte suprema de Justicia. Resolución: 10734-08 de las dieciocho horas del veintiséis de junio del año dos mil ocho. Expediente: 07-015740-0007-CO-V. San José, Costa Rica

Estas restricciones no implican una pérdida de soberanía por parte del Estado, su papel es el de restringir el poder absoluto de la Administración a fin de procurar el apego a condiciones mínimas para el administrado, en concordancia con el principio de bien común:

“...aún cuando la Constitución Política establece los derechos y principios de los extranjeros, lo cierto es, que el desarrollo de estos preceptos se encuentra reservado a la ley. De esta manera, el establecimiento de reglas y requisitos, que regulen el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional, así como la facultad de expulsar a un extranjero que incumpla dichos requisitos o atente contra la seguridad nacional, el orden público, la moral, la salud pública y los derechos fundamentales de los demás, no es sino, el producto del ejercicio de las potestades soberanas del Estado...”¹³¹

Conviene mencionar además la interpretación brindada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva No. OC-18-03 del 17 de setiembre del 2003, la cual sostiene:

“Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos (...), las distinciones que los Estados establezcan

¹³¹ Sala Constitucional de la corte suprema de Justicia. Resolución: 10734-08 de las dieciocho horas del veintiséis de junio del año dos mil ocho. Expediente: 07-015740-0007-CO-V. San José, Costa Rica

deben ser objetivas, proporcionales y razonables. (...) La Corte considera 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 publicas, cuales quieran que sean estas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos. (...) Se debe 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 igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se menciona, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona 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 publico estatal. Lo 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, raíz, género o cualquier otra causa.”

Esta interpretación resulta bastante completa, pues engloba los principales elementos a tomar en cuenta en el establecimiento de una política integral, que como tal, debe acoplarse al respeto de las garantías mínimas reconocidas a nivel internacional y el respeto a los derechos humanos.

Tal como señala Ubeda, la elaboración de una política migratoria debe contener ciertos elementos básicos como los son el derecho de los Estados a establecer mecanismos de control migratorio, contar con información objetiva para la toma de decisiones, equilibrar los distintos intereses entre los sectores involucrados, complementar con políticas públicas relacionadas, el respeto a los derechos humanos de los migrantes, la equidad de género y el papel de la mujer y los niños en procesos migratorios, así como formas de participación de la sociedad civil.¹³²

Vale la pena plantear la interrogante sobre si estos supuestos se encuentran amparados en la ley, y más importante aún, si son cumplidos en el plano material, situación que se entrará a considerar en el siguiente apartado.

Sección II. Aplicación de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico costarricense.

A. Administración y protección a favor del administrado.

A nivel interno, los poderes establecidos dentro del ordenamiento jurídico en los regimenes constitucionales sistematizan tanto las potestades y controles del

¹³² Ubeda Gioconda (2002), *op. cit.*, pp. 60-61.

aparato estatal, así como las normas jurídicas que le dan contenido a este ordenamiento. Es así como, basado en el principio de la soberanía de los estados, se encuentra en el Poder Constituyente como referente primario, complementado en ese sentido con el Poder Legislativo que se encargará de la elaboración del ordenamiento jurídico.

Subsidiariamente, corresponde a los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los demás mecanismos internos de tutela, interactuar en la relación entre el aparato estatal y los sujetos de derecho. Esta interacción se desarrollará dentro de los parámetros establecidos por los poderes anteriormente citados, llevando a cabo una función complementaria al dotar de contenido práctico a estas normas, y rellenar las lagunas que se puedan presentar en su aplicación.

Es este quizás el aspecto más relevante para la legitimidad del ejercicio del poder público. La separación de poderes constituye el presupuesto básico en un régimen de libertades públicas, y por lo tanto cada una tendrá un papel específico con respecto a su competencia en relación con la creación de normas sobre Derechos Humanos. La Constitución Política contiene el principio que establece esta división de funciones estatales:

“ARTÍCULO 9.- El Gobierno de la República es popular y representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que

le son propias.”

Cada uno de éstos mantiene una relación cercana con los derechos humanos.

El Poder Legislativo, está conformado por una Asamblea o Parlamento que desarrolla leyes que garantizan los derechos reconocidos en la Constitución. Además, puede crear y regular derechos que no se encuentran presentes en las normas constitucionales, o ampliarlos de acuerdo con las circunstancias y variables sociales que se puedan presentar.

Este poder se encuentra sustentado en el artículo 105 de nuestra Carta Magna, el cual establece:

“ARTÍCULO 105.- La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa. Tal potestad no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los tratados, de conformidad con los principios del Derecho Internacional.”

El Poder Ejecutivo tiene por *fundamento el asegurar la ejecución de las leyes*¹³³, donde el Presidente es reconocido por medio del sufragio universal y quien toma decisiones conjuntamente con sus Ministros.¹³⁴ No tiene participación en la creación de normas, sin embargo, debe asegurar que la participación del Estado

¹³³ Méndez Ramírez, Odilón. (1983). *Separación de los Poderes y Libertades Públicas*, p. 94.

¹³⁴ Relación con artículos 130 y 146 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

se apegue a las garantías de los administrados, así como crear condiciones necesarias para que se respeten derechos. Pero lo más importante, es el encargado de establecer y velar por el cumplimiento de la ya mencionada política migratoria integral.

El papel del Poder Judicial interpreta y aplica las normas a casos concreto, creando jurisprudencia, definiendo y desarrollando el alcance de las normas en un nivel práctico, motivo por el cual puede considerársele como garante del cumplimiento de los derechos humanos. Se le atribuye relevancia agregada, pues ayuda a rellenar lagunas y vacíos en el ordenamiento y corresponde llevar el control constitucional de las normas, y con respecto a los derechos fundamentales, por medio de un tribunal especializado.¹³⁵

En primera instancia, esta estructura pareciera resultar suficiente para proveer de mecanismos efectivos de protección a la colectividad. Pero, una vez más, el cuadro resulta más complejo cuando se habla de dos sujetos de características completamente disímiles, como lo son el particular frente al poder del Estado, y en algunas ocasiones, hasta donde interactúan hasta tres o más sujetos bajo circunstancias cambiantes.

Según se ha afirmado, el Estado se encuentra en el compromiso de establecer medios y mecanismos de protección adecuados, que garanticen el cumplimiento de los derechos humanos de forma efectiva. Para el profesor Héctor Fix-

¹³⁵ Alemany Verdaguer, Salvador (1984), *op. cit.*, pp. 41.

Zamudio, son tres los instrumentos procesales protectores de los derechos humanos:

- *Remedios procesales indirectos*: los cuales se encuentran dirigidos a la “protección de los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales, pudiendo cuadrar en este sector el proceso ordinario (...) y la justicia administrativa.”¹³⁶

El artículo 41 de la Constitución Política, se encuentra relacionado con esta división en tanto establece el derecho de toda persona a recibir justicia pronta y cumplida:

*“ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”*¹³⁷

Complementariamente, el artículo 49 constitucional introduce el control de legalidad de la función administrativa del Estado, instaurando la jurisdicción contencioso administrativa, y cuya finalidad será la de proteger al administrado de toda actividad o acto abusivo adoptado por la Administración.

A este respecto, cabe destacar la observación del profesor Jinesta Lobo, quien considera la inserción de esta cláusula como un avance a favor de la lucha

¹³⁶ Del Toro Huerta Mauricio Iván (2000) , *op. cit.*, pp. 192

¹³⁷ Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 41.

contra las inmunidades, prerrogativas y arbitrariedades de la Administración Pública¹³⁸.

- *Instrumentos complementarios: "...aquellos que si bien no han sido estructurados para proteger los derechos del hombre, se utilizan para sancionar la violación de los mismos, cuando la misma ha sido consumada, y en este sentido equivalen a los medios represivos..."*¹³⁹

Si bien los instrumentos complementarios no devuelven a la normalidad el derecho infringido, sirven para resarcir de una u otra forma al afectado. Cita como ejemplo el resarcimiento de carácter económico, cuando su actividad ha ocasionado daños y perjuicios al afectar derechos fundamentales.

- *Medios procesales específicos: son "aquellos que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales, de manera directa y generalmente con efectos reparadores, ya que no es suficiente la sanción de tales violaciones, requiriéndose la restitución al afectado en el goce de los derechos infringidos..."*¹⁴⁰

Los medios procesales específicos, así como los derechos que buscan proteger se encuentran bien definidos dentro del ordenamiento.

¹³⁸ Jinesta Lobo Ernesto (1999) *La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa*, p. 19.

¹³⁹ Del Toro Huerta Mauricio Iván (2000), *op. cit.*, pp. 192

¹⁴⁰ *Ibid*, p. 192

La justicia constitucional, se encuentra amparada en el artículo 48 de las Carta Magna, el cual habilita los recursos de habeas corpus y de amparo como mecanismos de defensa a favor del administrado:

*“ARTÍCULO 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.”*¹⁴¹

Además, el artículo 10 constitucional, instaura el control de constitucionalidad de leyes y demás actos de Derecho Público, por lo que corresponderá a una sala especializada resolver sobre asuntos de inconstitucionalidad.

Estos mecanismos de control, aparecen como instrumentos para hacer efectivos las limitaciones al poder de la Administración, dado que su finalidad es la de verificar que el comportamiento de la misma, se adecue a los principios de la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico interno.

¹⁴¹ Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 41.

a. Ejecutoriedad de los actos administrativos.

La materialización de las funciones del Estado, puede llevar aparato estatal ejecutar acciones que deriven en la ejecución coactiva de un acto desfavorable para el administrado. Es acá donde los principios de legalidad administrativa y de reserva de ley juegan un papel determinante en la defensa de los derechos fundamentales de los administrados.

Tal como indica Ortiz Ortiz, la ley debe definir y limitar, en beneficio de los administrados, el sacrificio que la administración podrá exigirle por tratarse de un *acto administrativo negativo*¹⁴².

*“La potestad ejecutiva de la Administración es la que la autoriza al empleo de la coacción o de medios sustitutivos de ésta para ejecutar sus actos negativos en contra del ciudadano, sin necesidad de recurrir a un Juez; y, como toda potestad, existe cuando a ley expresamente la otorga o, al menos, cuando se dan ciertas circunstancias, que la generan y legitiman su ejercicio a título excepcional...”*¹⁴³

Por lo tanto, dicha conducta represiva no podrá ejercerse de forma antojadiza, sino que, al igual que toda potestad, se encuentra sometida a un precepto legal antepuesto el cual le legitime. Cabe destacar, que a pesar de esto, la

¹⁴² Ortiz Ortiz Eduardo (1993), *op. cit.*, pp.13.

¹⁴³ *Ibid*, p. 6

Administración está facultada para activar dicho mecanismo en circunstancias de excepción que justifiquen su aplicación.

La administración no está exenta de responsabilidad en el uso de esta facultad. El inciso 1) del artículo 146 de la Ley General de Administración Pública, establece:

“Artículo 146.-

- 1. La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar.”¹⁴⁴*

El artículo en mención da un carácter de ejecutoriedad del acto, por lo que este puede ser ejecutado forzosamente pese a la oposición del administrado. Ortiz Ortiz, considera que el acto será ejecutorio siempre que sea válido o relativamente nulo, aclara además, que este puede llegar a ser ejecutado bajo el riesgo de que resulte absolutamente nulo por declaración jurisdiccional posterior¹⁴⁵, tal y como lo establece el inciso 3) del mismo artículo:

“Artículo 146.- ...

- 3. No procederá la ejecución administrativa de los actos ineficaces o absolutamente nulos y la misma, de darse, producirá*

¹⁴⁴ Ley General de Administración Pública, artículo 145, inciso 1).

¹⁴⁵ Ortiz Ortiz Eduardo (1993), *op. cit.*, pp.13.

responsabilidad penal del servidor que la haya ordenado, sin perjuicio de las otras resultantes.”¹⁴⁶

El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, se presenta así como una manifestación externa de la Administración revista de efectos jurídicos hacia los administrados.

b. Actuaciones materiales legítimas.

La jurisprudencia nacional reconoce la clasificación doctrinal de la coacción administrativa legítima, en tanto “...*la Administración Pública actúa mediante actos y contratos administrativos y también por una serie de hechos jurídicos, como son la coacción directa, la coacción anómala (en casos de urgencia y necesidad), la prestación de servicios públicos, las actuaciones preparatorias de actos y la denominada coacción ilegítima o vía de hecho.*”¹⁴⁷:

La justificación y el contenido de la coacción directa, están dados por la realidad o circunstancias del caso y no por un acto jurídico previamente autorizado por el ordenamiento que lo delimite.

“...tiene por antecedente inmediato una orden de cambiar la realidad, y por fin su ejecución, por imperativo de los hechos, que determinan, además, los elementos materiales de esa orden (...),

¹⁴⁶ Ley General de Administración Pública, artículo 145, inciso 3).

¹⁴⁷ Tribunal Contencioso Administrativo. Sección VI. Sentencia: 00031 de las once horas con quince minutos del seis de junio del año dos mil ocho. Expediente: 03-000941-0163-CA. San José, Costa Rica.

en lugar de un acto administrativo anterior a esa última, que haga lo mismo."¹⁴⁸

Ésta se diferencia de la vía de hecho, porque se trata de una coacción legítima aún sin acto ejecutorio de base, mientras que la segunda es coacción ilegítima desprovista de esa *justificación factual*¹⁴⁹.

Considerada como otra forma de coacción legítima, es la que ejerce la Administración Pública en circunstancias anormales, se da sin la ejecución de un acto administrativo base, en casos donde su hipótesis sean *la urgencia y las llamadas circunstancias excepcionales*¹⁵⁰, ésta se identifica con el nombre de coacción anómala.

Ambos tipos de acción, topan con un límite de aplicación al tropezar con los derechos humanos, la Constitución y sus principios generales, en tanto la atención al interés público y el principio de necesidad, se verán circunscritas a los principios de necesidad y proporcionalidad de las mismas. En otras palabras, su validez está sujeta a la urgencia y necesidad con que ha actuado la Administración en cada caso específico.

c. Actuaciones materiales ilegítimas: la vía de hecho

El voto 2005-13146 de nueve horas veintinueve minutos del veintitrés de setiembre del dos mil cinco de la Sala Constitucional, señaló:

¹⁴⁸ Ortiz Ortiz Eduardo (1993), *op. cit.*, pp.14.

¹⁴⁹ *Ibid*, p.16.

¹⁵⁰ *Ibid*, p. 17.

"III .- SOBRE LA COACCIÓN ILEGÍTIMA DE LA ADMINISTRACIÓN. *La expresión más acabada de la coacción administrativa ilegítima es la vía de hecho. Dicha institución, desde una perspectiva sustantiva, puede ser definida como una actuación material ilícita de una Administración Pública que afecta o daña, directa o reflejamente, los derechos fundamentales del administrado. En este sentido el artículo 357 de la Ley General de Administración Pública, al referirse a las vías de hecho, las define como "(...) las simples actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz (...)"*.

El artículo mencionado en dicha resolución fue derogado, sin embargo, la apreciación de la Sala ayuda a introducir una noción básica sobre las vías de hecho.

García de Enterría sostiene que la falta de potestad en cualquier actuación administrativa consiste en un vicio genérico, y será, por lo tanto, un vicio grave emanado de una *"actuación administrativa realizada al margen del Derecho."*¹⁵¹

Dicho autor ilustra atinadamente el concepto de la siguiente manera:

"El concepto de vía de hecho comprende, (...) todos los casos en que la Administración pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico y aquellos otros en los que en el cumplimiento de una actividad

¹⁵¹ García de Enterría Eduardo (2000), *op. cit.*, pp. 485.

*material de ejecución comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública.*¹⁵²

Otra aproximación es la brindada por Jinesta Lobo, quien considera la existencia de la vía de hecho cuando *"...la Administración Pública ejerce coacción sin un acto administrativo o servicio público que le otorgue cobertura o fundamento, o bien, si no median las circunstancias propias que motivan el ejercicio de la coacción directa o anómala..."*¹⁵³

Pero es la definición de Ortiz Ortiz, la que mejor ilustra el concepto que se busca rescatar, con respecto a dicha figura:

*"...el acto constitutivo de vía de hecho es aquél que –con daño importante de la propiedad o los derechos fundamentales- viola gravemente el ordenamiento constitucional o administrativo, principalmente por usurpación de competencia públicas; o por incompetencia absoluta, sea por que no hay ley alguna que contemple la potestad de base, ni autorice el contenido del acto realizado; sea por que se de la potestad, pero la misma resulte totalmente extraña al autor del acto..."*¹⁵⁴

La vía de hecho se da cuando la Administración ejecuta una acción coercitiva, la cual ha pasado por alto el acto previo que faculta dicha conducta, o bien, cuando

¹⁵² *Ibid*, p. 798-799.

¹⁵³ Jinesta Lobo Ernesto (1999), *op. cit.*, pp.115.

¹⁵⁴ Ortiz Ortiz Eduardo (1993), *op. cit.*, pp. 55.

la ejecución previamente autorizada de dicha medida, se excede o desvía en la ejecución de la misma, incurriendo en una afectación grave para el sujeto sobre el que recaen los efectos de la acción.

No cabe duda que la vía de hecho tiene la característica de desconocer peligrosamente las “*garantías mínimas de actuación*”¹⁵⁵, entiéndase las normas del debido proceso que avalan la correcta aplicación de las potestades de imperio otorgadas, lesionando gravemente bienes jurídicos de suma relevancia, incluidos los derechos humanos.

Al igual que el tema de la discrecionalidad administrativa, pareciera que las vías de hecho se encuentran aún en un estado de evolución, al ser parte de un mal necesario en el actuar administrativo.

Por otra parte, Ortiz Ortiz divide la figura de la vía de hecho en dos categorías: La primera, o *acto-vía de hecho*: se presenta cuando el acto se desvía de la materia para la cual fue creado, utilizándose para un fin distinto. Se topa ante una acción cuya naturaleza no se encuentra amparada dentro de un texto legislativo o reglamentario, por lo que carece de la potestad que certifique la legalidad de su actuar.

Se presenta cuando el acto es incapaz de atribuirse al ejercicio de un poder perteneciente a la Administración, con lo que amplía el campo de la vía de

¹⁵⁵ *Ibid*, p. 70.

hecho a casos en los que “*se usa una competencia con aplicación indebida de la norma que la crea, en materia distinta de la legalmente prevista (como cuando se utilizan potestades de coacción con fines sancionatorios...)*”¹⁵⁶

La segunda categoría es la *actividad material-vía de hecho*: los resultados de dicha actividad lesiva se dan en el mundo físico, correspondientes al contenido de un acto previo posible.

Los efectos jurídicos de la vía de hecho, constituyen violaciones inaceptables producidas por el órgano al que se ha conferido una tarea determinada, sin embargo, autores como Ortiz Ortiz sostienen que la existencia de la figura es necesaria, en tanto ésta es una herramienta para “*mantener el sistema*” pese a sus injusticias, pues permite reaccionar eficientemente ante casos graves.

B. Defensa ante las vías de hecho de la administración en la legislación nacional.

El aparato estatal se ve en la obligación de realizar tareas tendientes a mantener el ya complejo orden en las sociedades modernas, y a fin que esta función se lleve a cabo en forma eficiente, resulta el uso de coacción en ocasiones particulares.

Ortiz Ortiz define la coacción como toda “*conducta tendiente a lesionar al administrado, contra su oposición pacífica o violenta, motivada por hechos que*

¹⁵⁶ *Ibid*, p. 51.

*dañen o pongan en peligro inmediato bienes cuya custodia o conservación esté obligada la Administración, de ella, de la colectividad o del damnificado, aunque esa conducta consista en actos jurídicos conducentes a ese fin.*¹⁵⁷

La existencia de esta característica es necesaria para que la Administración pueda operar correctamente.

A pesar de esto, en algunas situaciones el uso de esta coacción deviene en afectaciones a derechos fundamentales. El autor considera, que contrario a la creencia popular, los Derechos Humanos “*no son por sí un límite infranqueable a las potestades de policía...*”¹⁵⁸ siempre y cuando la acción de la administración se realice en apego a las restricciones establecidas por ley, o salvo situaciones excepcionales o de urgencia.

Es necesario que exista esa necesidad de actuar, la cual debe buscar proteger intereses públicos y que debe además ser proporcional a los hechos en cada caso.

Cabe destacar, que la apreciación realizada por Ortiz tiene un alcance limitado. Los derechos fundamentales se encuentran revestidos de características que le otorgan un rango de relevancia superior y que han sido mencionadas oportunamente en esta investigación. Esta relevancia no es antojadiza y se

¹⁵⁷ *Ibid*, p. 16.

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 20.

encuentra mencionada no solo en la norma constitucional sino también en diversos instrumentos internacionales, porque la ley no puede restringirles sin incurrir en una violación constitucional.

Existen por lo tanto varios sujetos relacionados con esta protección a favor del administrado. La anteriormente mencionada Dirección General de Migración y Extranjería es la institución encargada de ejecutar las políticas migratorias dentro del territorio nacional¹⁵⁹ así como de velar por la aplicación de la legislación correspondiente¹⁶⁰, y cuyo objetivo principal es el fortalecimiento del control migratorio. Atañe al Director General de Migración dirigir, coordinar, planificar, supervisar y ejecutar las disposiciones de la ley¹⁶¹.

Dentro de las principales labores realizadas por la institución, se encuentran:

- la Gestión de Extranjería, encargada de recibir y valorar todas las solicitudes de residencia temporal y permanente en el país, así como de la elaboración de las cédulas de residencia;
- la Gestión de Migraciones, encargada de administrar datos relacionados con pasaportes, permisos de salida de menores, visa transportistas y salvoconductos colectivos, y cualquier otra información que tenga que ver con salida del país de costarricenses;
- la Oficina de auditoría interna, la cual se encarga de fiscalizar los procesos que competen a la institución según ley;

¹⁵⁹ Ley general de migración y extranjería, artículo 12.

¹⁶⁰ *Ibid*, artículo 13, inciso k).

¹⁶¹ Reglamento de la Ley general de migración y extranjería, artículo 4.

- la Contraloría de Servicios; y por último;
- la oficina de Gestión de Planificación Institucional, cuya función es la de ser una unidad asesora de la Dirección General de Migración y Extranjería en la formulación, implementación, evaluación y fiscalización de planes, programas y proyectos dirigidos al mejoramiento de la gestión migratoria. Esta se encarga también de generar estadísticas institucionales que sirven de base para la toma de decisiones.

Por lo tanto, este órgano es encargado no solo de llevar a cabo la política migratoria y la correcta materialización de la aplicación de la ley, sino que es el ente responsable de cometer afectaciones a los derechos de los extranjeros.

Este órgano ha sido objeto de constantes críticas desde su creación, debido a la aparente falta de organización interna. Entre las faltas atribuidas se encuentra el desorden interno, falta de personal para resolver solicitudes, mala capacitación de sus funcionarios, resolución tardía de solicitudes así como atraso en trámites. Paradójicamente, es a causa de estas fisuras, que se incurre en afectaciones a derechos sobre los sujetos que administra, en este caso, una población vulnerable.

Otros sujetos que intervienen en esta relación, son las conocidas Procuradurías y Defensorías de Derechos Humanos. En el caso de Costa Rica, esta responsabilidad recae sobre la Defensoría de los Habitantes de la República

como institución responsable de proteger los derechos e intereses de los habitantes del país frente a las acciones y omisiones del sector público.¹⁶² Su finalidad es la de velar porque la actividad del sector público se ajuste al ordenamiento jurídico de forma que los derechos e intereses de los habitantes se encuentren protegidos.

Dentro del ámbito de competencia conferido por la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, se encuentra que ésta puede iniciar de oficio o a petición de parte “...*cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público.*”¹⁶³ También se le confiere a la institución de potestades de acción como interponer acciones jurisdiccionales o administrativas previstas en el ordenamiento jurídico¹⁶⁴, por lo que se encuentra facultada para interponer los recursos de hábeas corpus, inconstitucionalidad y de amparo que se verá a continuación.

La principal competencia de la institución es de control de legalidad, de forma que si llegase a tener conocimiento sobre *la ilegalidad o arbitrariedad de una acción*, debe recomendar y prevenir al órgano correspondiente sobre la rectificación correspondiente, y, en caso de considerar que el hecho pueda constituir delito, debe denunciarlo ante el Ministerio Público.¹⁶⁵

¹⁶² Ley de la defensoría de los habitantes de la República, artículo 1.

¹⁶³ *Ibid*, artículo 12, inciso 1).

¹⁶⁴ *Ibid*, artículo 13.

¹⁶⁵ *Ibid*, artículo 14, inciso 2).

Dada la naturaleza de sus competencias, la Defensoría de los Habitantes debe velar por los intereses y derechos de sectores en condiciones de vulnerabilidad. En octubre del año 1996, el “Foro Regional sobre Derechos Humanos, Refugiados y Migraciones en América Central”, establece la Defensoría como secretaria técnica de dicho foro en Costa Rica, dado su papel mediador, de defensa y promoción de los derechos humanos.¹⁶⁶ Este foro destaca por ser un mecanismo de coordinación y consulta con autoridades nacionales, organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales vinculadas con la temática de la migración y el refugio¹⁶⁷.

El papel de la Defensoría de los Habitantes resulta determinante, por tratarse de un medio de activación efectiva del sistema de protección de derechos humanos. Asimismo, cabe destacar su legitimación procesal para interponer las acciones administrativas y judiciales correspondientes en el ejercicio de sus funciones.

Como último sujeto de protección interna a favor del administrado, se encuentra el Poder Judicial como garante del cumplimiento de la ley y los derechos humanos.

¹⁶⁶ Defensoría de los Habitantes de Costa Rica. (2008) *Tercer observatorio de Derechos Humanos. Informe de labores 2007-2008*, p. 219.

¹⁶⁷ IIDH (2002). *Ombudsman y derechos humanos de las personas migrantes: procuradurías y defensorías de Derechos Humanos de Centro América*, p. 52

Como se puede apreciar, estos tres sujetos tienen un papel activo en el resguardo de los derechos fundamentales de los administrados. Sin embargo, en resguardo al principio de protección del estado y en apego al principio de legalidad, la ley establece mecanismos específicos en aras de garantizar la defensa ante este actuar material de la Administración.

a. El control constitucional.

El aparato estatal debe dotar al administrado de mecanismos de defensa, como garantía al apego de las normas que delimitan su proceder. Por este motivo, el afectado de un eventual abuso tendrá la facultad de accionar, en contra de la Administración, una jurisdicción que no se encuentre regida por el derecho cotidiano.

“...la actuación de hecho fuera de los poderes que el ordenamiento atribuye a la Administración coloca a ésta en la misma situación que corresponde los simples particulares, de forma que podrá ser llevada ante los Tribunales ordinarios y combatida por los procedimientos del Derecho común.”¹⁶⁸

En el caso de Costa Rica, esta protección no solo se encuentra dotada del rango superior, sino que el artículo 10 de la Constitución Política, instaura una Sala especializada encargada del control constitucional, al resolver sobre la constitucionalidad de las leyes y demás actos de Derecho Público, el artículo en mención establece:

¹⁶⁸ García de Enterría Eduardo (2000), *op. cit.*, pp. 801.

“ARTÍCULO 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.”¹⁶⁹

De esta forma, se mantiene un control sobre las leyes que emanan del poder legislativo, y se obliga a la Administración a actuar en congruencia con la norma que garantiza el apego a derechos fundamentales. Por lo que en caso de que la aplicación de una ley afecte la jerarquía, los principios constitucionales o el orden constitucional, tanto el Estado como el ciudadano pueden recurrir a dicho recurso.

En otras palabras, el control de constitucionalidad viene a verificar que el ordenamiento jurídico sea congruente con la constitución, esto es, integral con sus principios rectores. En caso de existir conflicto con estos, se debe declarar la inconstitucionalidad de la norma en pugna.

La norma constitucional, proporciona dos medios adicionales para la defensa del administrado en materia de derechos fundamentales específicos, los mismos que se encuentran tutelados en su artículo 48.

¹⁶⁹ Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 10 párrafo primero.

b. Jurisdicción Contenciosa.

La jurisdicción contencioso administrativa es introducida en el artículo 49 de la Constitución Política. Esta se encarga de velar por la legalidad de la actividad de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo¹⁷⁰. El objeto del proceso comprende la totalidad de la conducta de la Administración, incluyendo servicios y actividades.

A este respecto, el Código Procesal Contencioso Administrativo establece la posibilidad de acceder a esta jurisdicción a causa de actuaciones materiales de la Administración Pública¹⁷¹. Además, el artículo 42 incisos d), h) y j) d, delimitan el alcance de las pretensiones del administrado:

“ARTÍCULO 42.-

1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso.

2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar:

...

d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.

...

h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico

¹⁷⁰ Código procesal contencioso administrativo, artículo 1.

¹⁷¹ *Ibid*, artículo 36 inciso d).

de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo.

...

j) La condena al pago de daños y perjuicios.”

Considera Ortiz Ortiz, que deben tenerse como *constitucionalmente posibles* los procesos dirigidos contra actuaciones y, en general, contra cualquier conducta administrativa no consistente en actos jurídicos.

c. Garantías Constitucionales.

Como se ha indicado, la conducta de la Administración no es perfecta, por lo que existe un marco de conductas viciadas que lesionan derechos fundamentales específicos. Este grupo de conductas, no solo se caracteriza por lesionar derechos fundamentales sino también por la ilegalidad que reviste las mismas.

El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, establece como objeto de la misma, garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional, su interpretación y aplicación así como de los derechos y libertades consagrados.

Se establece la jurisdicción del hábeas corpus para garantizar la libertad de circulación¹⁷² y la integridad personal¹⁷³, contra actos u omisiones que provengan de cualquier autoridad. Este recurso procede aún contra amenazas a dichas libertades, así como también contra todas las perturbaciones o restricciones que respecto de ellas establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro, la libre permanencia, salida e ingreso del territorio.¹⁷⁴

El objeto de este recurso sirve para verificar si la existencia de una privación de libertad es legítima, esto es emanada por la autoridad competente y en apego a las condiciones preestablecidas. Sirve además para determinar si el proceder de la Administración ha agravado dicha restricción, según las condiciones que hayan mediado.

Los actos susceptibles del recurso, deben producir efectos propios que puedan ser objeto de impugnación en su medio, solicitando al órgano jurisdiccional el reestablecimiento del derecho constitucional a la libertad, la suspensión de todo orden que la amenaza y la protección de la integridad personal.¹⁷⁵

La LJC establece además la jurisdicción del recurso de amparo, la cual busca mantener o reestablecer el goce de los derechos constitucionales, así como

¹⁷² Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 22.

¹⁷³ *Ibid*, artículos 20, 21 y 40.

¹⁷⁴ Ley de la jurisdicción constitucional, anotada, concordada y con jurisprudencia procesal, artículo 15.

¹⁷⁵ *Ibid*, p. 111.

aquellos que tienen rango constitucional, como es el caso de los tutelados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Este recurso, procede contra *“toda disposición, acuerdo o resolución, y en general contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada de un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.”*¹⁷⁶ Cabe destacar, que el amparo no procede contra leyes o disposiciones normativas, o cuando se trate de normas de acción automática.¹⁷⁷

De esta forma, el amparo procede toda vez que un acto o disposición haya violado, viole o amenace con violar un derecho fundamental. Para el caso específico de la amenaza establecida en el artículo 29 de la LJC, el recurrente debe demostrar que ésta es cierta, real, efectiva e inminente.

Se definen así las alternativas reconocidas constitucionalmente, tendentes a garantizar los derechos fundamentales de los particulares perjudicados por un desatinado actuar administrativo.

¹⁷⁶ Ley de la jurisdicción constitucional, artículo 29, párrafo segundo.

¹⁷⁷ *Ibid*, artículo 30.

Sección III. Escenario interno y regional.

A. Posición de la Sala Constitucional.

La creación de una jurisdicción especializada de atender asuntos de relevancia superior, ha permitido complementar la correcta interpretación de los textos constitutivos de derechos fundamentales.

En su resolución 2003-02771, la Sala Constitucional reconoce la jerarquía de los derechos fundamentales al establecerles como *“un grupo central de normas que caracterizan a la Constitución como ordenamiento superior”*, cuya supremacía descansa tanto en su carácter de expresión directa de la voluntad general, y en su enunciación de los derechos humanos fundamentales y de las libertades ciudadanas.

Dicha resolución realiza la diferenciación entre los derechos humanos y fundamentales, en tanto los primeros son un conjunto de instrumentos que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, con un carácter universal. Por otra parte, los segundos son aquellos garantizados por el ordenamiento constitucional de un Estado.

Para la Sala, la principal función de los derechos fundamentales, es la de *“...sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos han prestado su consentimiento y también la*

*de establecer la sujeción de las instituciones estatales a tales principios,...*¹⁷⁸

De esta forma, dicho conjunto normativo debe disponer de medios de impugnación muy precisos contra la violación de las libertades públicas, donde destacan las garantías constitucionales anteriormente señaladas.

Con respecto a la jerarquía de los derechos humanos, la Sala ha manifestado:

*“V.- Desde la óptica de la ley y de las políticas migratorias, el cuadro fáctico es el de un extranjero que se encuentra ilegalmente en el país, a quien se le detiene y deporta en virtud de un acto administrativo firme y se dicta en su contra un impedimento de entrada por diez años; el hecho de su matrimonio con costarricense no modifica la ilegalidad de su status, por lo que, de conformidad con la Ley General de Migración Extranjería y su Reglamento procede su deportación. En cambio, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, resulta absurdo resolver el caso con la Ley General de Migración y Extranjería y su Reglamento. Al resolver el amparo, la Sala tiene que aplicar la Constitución Política y los instrumentos internacionales de los derechos humanos, como fuentes primeras en la jerarquía de sus fuentes.”*¹⁷⁹

¹⁷⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 02771, de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril del año dos mil tres. Expediente: 02-005494-0007-CO, San José, Costa Rica.

¹⁷⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2003-06576, de las catorce horas con treinta y cinco minutos del nueve de julio del dos mil tres. Expediente: 03-007281-0007-CO, San José, Costa Rica.

Según se indicó en el título primero de la investigación, tanto los derechos humanos como los fundamentales prevalecen sobre las normas del derecho común. Inclusive, la interpretación jurisprudencial ha determinado, que toda norma de derecho internacional debidamente ratificada y que otorgue mayores derechos o garantías a las personas, tendrá relevancia sobre la norma constitucional.

B. Restricciones, limitaciones e injerencias.

Otra posición importante a destacar con respecto a la interpretación jurisprudencial, es el referente a las restricciones a los derechos humanos. Estas se encuentran relacionadas con artículos 9, 11, 23, 28 párrafo segundo, 39 y 41 de la Constitución Política, y están relacionadas con el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

Para la Sala, dichas limitaciones se encuentran íntimamente ligadas al principio de razonabilidad, toda vez que una restricción a un derecho fundamental impone el deber de que la misma se encuentre justificada por una razón de peso, la cual

legitime dicha afectación. Reconoce además, que todo acto restrictivo es razonable cuando es 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 adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende lograr en beneficio de la colectividad.”¹⁸⁰

¹⁸⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2007-13580, de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del diecinueve de setiembre del dos mil siete. Expediente: 06-013174-0007- CO, San José, Costa Rica.

Por último, se hará relación al artículo 11, incisos 2) y 3), Convención Americana sobre Derechos Humanos, del cual se desprenden como prohibidas las *injerencias arbitrarias*, y la posibilidad de restringir derechos cuando la intromisión no sea arbitraria:

“... ”

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Complementariamente, vale la pena mencionar las opiniones consultivas 6/86, de 9 de mayo de 1986 y 5/85, de 13 de noviembre de 1985 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las mismas que establecen criterios para definir la legitimidad de las restricciones a derechos humanos en general, como lo son el hecho de que la restricción esté prevista en la ley, que la restricción debe fundamentarse en razones de interés general, y que dichas restricciones se presenten como necesarias en una sociedad democrática.

El tema de las limitaciones a derechos fundamentales, mantiene estrecha relación con el principio de reserva de ley de conformidad a lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política, y en concordancia el artículo 19 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública, en tanto “...es únicamente el

legislador el que puede, por medio de ley formal, poner limitaciones a los derechos fundamentales, las cuales deben ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales.”¹⁸¹

De esta forma, la legalidad de una restricción se encuentra sujeta a la satisfacción de un interés público, que determinará la proporcionalidad a la que se encuentra sometida, y que, además, debe ser la menos gravosa para el afectado, en la consecución de dicho objetivo según lo establezca la legislación¹⁸².

C. Violaciones más comunes hacia los migrantes según experiencia internacional.

Factores como la globalización, el desarrollo de los medios de transporte, y las oportunidades de trabajo, contribuyen al aumento de una migración con una diversidad cosmopolita en la región. Este incremento de personas que se movilizan de un lugar a otro, acarrea un aumento en las prácticas restrictivas de ingreso y permanencia en el país tanto para migrantes regulares como irregulares.

Debemos añadir al contexto la inopia de los medios de comunicación y la mala praxis de las autoridades en el plano de información y educación, como

¹⁸¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2007007958, de las diez horas y treinta minutos del siete de junio del dos mil siete. Expediente: 07-007740-0007-CO, San José, Costa Rica.

¹⁸² Tribunal Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 00691, de las diez horas con treinta y seis minutos del veintiuno de diciembre del año dos mil siete. Expediente: 02-200958-0431-PE, San Ramón, Costa Rica.

situaciones que acarrearán una falsa visión del papel que juega el migrante dentro de la sociedad, reflejando un incremento en la discriminación y la xenofobia. Refleja además una fuerte deficiencia de una política migratoria que olvida la importancia de reforzar la educación de la población en materia migratoria, y que se centra en un plano represivo.

A continuación, se procederá a exponer la serie de violaciones más comunes en relación con la población migrante a nivel regional, tomando como base los informes rendidos por el Centro Acción de Pro-Derechos Humanos en el marco de la Organización de Estados Americanos, para la promoción y protección de los Derechos Humanos de los y las Migrantes; la ponencia expuesta por la jurista Gabriela Rodríguez Pizarro sobre Violaciones a los derechos humanos de migrantes en la actual dinámica de las migraciones en América Central; así como informes de Procuradurías y Defensorías de los Habitantes de la región.

Se detecta el problema de *reconocimiento de la personalidad jurídica*, en el caso de personas migrantes indocumentadas, dentro de las principales afectaciones dirigidas contra la población migrante. La falta de documentación es y será uno de los principales problemas que inquietan el derecho internacional de los derechos humanos. Podría pensarse que en primera instancia, las personas indocumentadas carecen de protección jurídica en tanto no se determine su condición migratoria, sin embargo, la legislación costarricense dota a sus

habitantes de mecanismos con rango constitucional, que garantizan el apego a estándares mínimos de protección a derechos fundamentales.

Aún así, este sector de la población sigue caracterizado por su elevado grado de vulnerabilidad, en vista de que la falta de documentación dificulta el acceso a otros derechos básicos como la justicia, educación, trabajo y hasta el derecho a la salud. Destaca así otro serio problema como lo es el *acceso a los servicios de salud y educación*, en tanto la población migrante topa con una serie de obstáculos al intentar acceder a los mismos, aún ostentando una condición migratoria regular, situación que se agrava para la población migrante irregular.

La siguiente complicación se relaciona con el problema de la *discriminación, el racismo y la xenofobia*. La política migratoria de un Estado, no debe, bajo ninguna circunstancia, basarse en ninguna forma conexas de intolerancia. Sin embargo, la migración sigue siendo una de las principales fuentes de intolerancia, donde las violaciones a derechos humanos contra estos grupos se producen, en gran medida, dentro del contexto de prácticas discriminatorias.¹⁸³

El tema de la *discriminación de género de las mujeres migrantes* es abordado desde distintos planos: como víctimas de actos criminales o de explotación económica y sexual, como también en su rol de responsables de otras personas¹⁸⁴.

¹⁸³ IIDH (2002), *op. cit.*, pp. 318.

¹⁸⁴ Centro Acción de Pro-Derechos Humanos. (2002), *op. cit.*, párrafo 22.

Destaca la problemática que enfrenta la población menor de edad en relación con los derechos de la niñez y la adolescencia. Dentro de los principales obstáculos que enfrenta este sector, se mencionan el abandono, incluida la migración de menores que viajan solos; la victimización por actos criminales; como lo son la explotación sexual y económica; y el no reconocimiento del derecho a la nacionalidad.

Uno de los problemas más destacados, y sobre el cual pesan varios instrumentos internacionales pendientes de combatir el atropello del *reconocimiento de derechos laborales*. La mayoría de estas violaciones se dan por parte de los empleadores, tomando ventaja del estatus migratorio del extranjero. Este sector se encuentra continuamente amenazado respecto al derecho de *libertad de reunión y de asociación pacíficas*. El artículo 26 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, establece el derecho de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualquier otra asociación, con el propósito de proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de cualquier otra índole¹⁸⁵.

En algunos casos, existen circunstancias donde la protección de derechos humanos debe extenderse a familiares de las personas migrantes. La *situación*

¹⁸⁵ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, artículo 26.

de las familias en los países de origen pueden originarse por diversas circunstancias. Destacan en el documento, el caso de organizaciones criminales dedicadas al tráfico de migrantes que han propiciado el endeudamiento de la familia, abusos en la transferencia de remesas, casos de personas adultas mayores o en situación vulnerable que han quedado abandonadas o, más grave aún, a cargo de menores de edad.

La *protección y asistencia consulares* se encuentra recogida no solo dentro del ordenamiento interno, sino también a nivel internacional. Sin embargo es una práctica poco aplicada. Esta situación supone una fractura en las obligaciones que impone el derecho internacional con respecto a la protección consular, pero principalmente a la falta de esfuerzos en el reconocimiento de medios para que ésta se haga efectiva.

Se hará una nueva pausa para dejar fe sobre una violación que ha sido mencionada en el desarrollo del trabajo y que se expondrá detenidamente en el apartado último. Se trata de la *privación de libertad* como violación a un derecho fundamental. Este es quizás uno de los temas más delicados, en tanto aparece no solo como una medida excesiva por parte de la Administración sino que lesiona una serie de principios y cuerpos normativos fundamentales en la correcta aplicación de los mismos.

Por ahora, se limitará a referirle como una de las principales afectaciones a derechos fundamentales, cometidas en la región según el documento del Centro Acción de Pro-Derechos Humanos, que atinadamente indicó:

*“La persona migrante en territorio extranjero, por el hecho de su permanencia, no lesiona ningún bien jurídico. No obstante se dan casos en que las autoridades restringen su libertad. Lo anterior concluye con su “criminalización”, y la persona resulta confinada como si fuera responsable de un delito y bajo un esquema represivo penal. La detención no debe ser la regla, ensayándose otro tipo de solución que tome en cuenta el debido proceso y el derecho de la familia a permanecer reunida.”*¹⁸⁶

Existe en la actualidad, un vacío jurídico en cuanto a la correcta legislación en materia de delitos como el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, en tanto la *penalización de las víctimas en los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas* es una realidad. Destaca el hecho de que tanto en los procesos regulatorios como en los de aplicación de la ley, ocurre la penalización de la persona migrante.

Las condiciones expuestas traen consecuencias psicosociales, socioeconómicas, culturales para las personas involucradas en el proceso migratorio; a nivel criminológico encontramos un muy serio problema violatorio

¹⁸⁶ Centro Acción de Pro-Derechos Humanos. (2002), *op. cit.*, párrafo 28.

de derechos humanos como lo es la trata de personas, entre otros sistemas de explotación.

La *garantía de debido proceso* es determinante en todos y cada uno de estos problemas. El desconocimiento y falta de información por parte de la población migrante, sumado a la falta de aplicación de este principio por parte de las autoridades resulta en una falta de responsabilidad que no debe ser aceptada dentro de un régimen constitucional. Esta situación viene a reafirmar la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra esta población.

Son las violaciones cometidas a nivel administrativo las que interesa considerar y que se desarrollan en su totalidad en el apartado último. Mientras tanto, se precisará en el papel que tiene el organismo encargado de vigilar el correcto cumplimiento de los derechos humanos a nivel regional.

D. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El papel primordial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la de conocer de las violaciones a los derechos humanos, con el fin de salvaguardar los derechos esenciales de la persona en el continente americano.

El artículo 1) de su Estatuto, establece como objetivo de la misma "*la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*",

ejerciendo sus funciones de conformidad con las disposiciones de la Convención y dicho Estatuto.

Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida, puede presentar denuncias o quejas de violación por un Estado parte, sin embargo, a fin de acceder a la protección brindada por este órgano, es necesario haber agotado una serie de requisitos preestablecidos¹⁸⁷, situación que muchas veces resulta absurda para la comunidad migrante víctima de abusos por parte de un Estado.

Dentro de sus competencias se encuentra la potestad para conocer de casos contenciosos, emitir opiniones consultivas y para dictar medidas provisionales ante amenazas contra derechos humanos¹⁸⁸. Se le dota de una función jurisdiccional mediante la cual, tanto ésta como los Estados partes, se encuentran facultados para someter a conocimiento de la misma casos relativos a la aplicación o interpretación de la Convención¹⁸⁹.

Dentro de los requisitos para que una denuncia prospere como caso ante la Corte, es necesario agotar los recursos de la jurisdicción interna, a menos que se haya negado el acceso a los mismos a la presunta víctima, que las leyes locales no aseguren el debido acceso a los procedimientos de protección, que el Estado haya incurrido en retardo injustificado, o bien que la persona no haya

¹⁸⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 44 y 46.

¹⁸⁸ Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 2.

¹⁸⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 61 y 62.

podido recurrir a la justicia por causa justificada¹⁹⁰.

El procedimiento contencioso se basa en el análisis de una denuncia planteada por una situación específica, sobre la cual se determinará la existencia de violaciones a derechos humanos. Y en caso de ser comprobado, ésta se encuentra facultada para disponer que se garantice al sujeto el goce de su derecho o libertad transgredida.

El artículo 68 inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

“1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”

Se desprende de dicho enunciado, la obligación por parte de los Estados partes, no solo de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal, sino también el deber de asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto.

Esta obligación encuentra íntima relación con el principio de *“Pacta sunt servanda,”* establecido en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

“26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹⁹⁰ Amado Ana Lissa (2001) “El caso particular de los migrantes y refugiados” en: *Migrante y refugiado: III Encuentro de movilidad Humana: El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, p. 260.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”

Según este principio básico de responsabilidad internacional del Estado, estos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe, toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Además, estos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional establecida.

Resulta importante destacar, que si se llegase a comprobar la existencia de una violación, y además resulte procedente, se podrá solicitar la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos en cuestión, así como el pago de una justa indemnización a la parte lesionada¹⁹¹.

La segunda función concedida a la Corte es la función consultiva, regulada por el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos y mediante la cual se faculta a los Estados partes a realizar consultas sobre la interpretación de dicha Convención, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos:

¹⁹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63 inciso 1).

“Artículo 64:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. (...)

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

A diferencia de la función contenciosa, la opinión consultiva no se da en referencia a un hecho específico, sino que se remite a la interpretación de asuntos jurídicos por medio de estos pronunciamientos. Esta comprende la posibilidad de pronunciarse, a solicitud de un Estado miembro, sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas e instrumentos internacionales.

Según la interpretación de la Sala Constitucional con respecto del artículo 68 inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, quien formule una solicitud de Opinión consultiva queda obligado a cumplir los términos de la misma¹⁹². Por lo tanto, aunque la opinión consultiva no es de carácter

¹⁹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 2313-95 de las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco. Expediente: 0421-S-90. San José, Costa Rica.

obligatorio, la práctica ha demostrado que las directrices que estas contienen son acatadas¹⁹³ en relación con el principio de “pacta sunt servanda”.

Siguiendo ese orden de ideas, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 incisos b) y d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, el cumplimiento de las recomendaciones establecidas en las opiniones consultivas, revisten de un carácter intrínseco en cuanto al acatamiento por parte de los Estados que les gestionan. Vale la pena recordar que independientemente de la naturaleza de la resolución, éstas servirán como texto interpretativo de la norma internacional en tanto constituyen un medio para prevenir transgresiones de los derechos esenciales.

Por último, en casos de *extrema gravedad y urgencia*, o cuando resulte necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte se encuentra facultada para tomar las medidas provisionales que considere pertinentes¹⁹⁴. Este requisito de urgencia, guarda íntima relación con la irremediable inminencia del perjuicio a los derechos que se pretenden proteger. Mientras que el requisito de gravedad, hace referencia a la jerarquía e importancia del derecho en riesgo¹⁹⁵, además, estas medidas son por lo general de carácter excepcional¹⁹⁶.

¹⁹³ Amado Ana Lissa (2001), *op. cit.*, pp. 261.

¹⁹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63 inciso 2).

¹⁹⁵ Amado Ana Lissa (2001), *op. cit.*, pp. 262.

¹⁹⁶ *Ibid*, p. 265.

De esta forma se ha definido la importancia por parte de un Estado en definir una política migratoria solidaria con los derechos humanos. Se ha pretendido además, aclarar como ésta práctica cometerá irremediables infracciones en contra de los administrados en el proceso de aplicación de la misma. A causa de esta circunstancia, se establecen mecanismos de protección y restitución de los derechos transgredidos, que en caso de ser insuficientes, abren la posibilidad de accionar componentes externos que restituyan dichas condiciones.

Teniendo claro este panorama, se puede entrar a conocer las afectaciones cometidas en la actividad material del aparato estatal en relación con los supuestos establecidos por la ley encargada de regular la materia en cuestión.

Capítulo II. Afectaciones a derechos humanos en la actividad material de la Administración.

Sección I. Principio de Igualdad.

A. Soberanía y régimen de extranjeros.

Tal como se expuso páginas atrás, el Estado tiene la facultad de establecer las reglas de convivencia para quienes se encuentren dentro de su territorio, en aplicación al principio de soberanía. Así, cada jurisdicción cambia según el conjunto de derechos y obligaciones determinados para cada minoría, de forma tal que las condiciones de coexistencia se adapten en aras de conseguir un equilibrio entre el interés de la colectividad y las necesidades de cada grupo.

Se considera a nuestro haber el conjunto de las personas migrantes. La norma de mayor jerarquía a nivel nacional es la encargada de resguardar los derechos fundamentales necesarios para el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho, y tal como se ha mencionado, las condiciones para quienes son extranjeros encuentran limitaciones y restricciones con respecto de los nacionales, sin que esto suponga una violación al principio de igualdad.

Las restricciones mencionadas tienen rango constitucional en el artículo 19 que establece:

“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.”

El régimen de extranjeros consiste precisamente en esa diferenciación entre las condiciones que regirán para los nacionales y los extranjeros, sin entrar a definir de cuáles se tratan, pues corresponderá a la ley complementar el cuadro fáctico con base en la política migratoria establecida.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional en la materia, ha definido el concepto de excepciones como aquellas que excluyen del todo a los extranjeros de actividades determinadas, negando completamente la igualdad con respecto a los nacionales (por ejemplo la prohibición de intervenir en asuntos políticos, como también ocupar cargos públicos específicos); por otra parte, se entiende como limitaciones aquellas que reconocen un derecho, pero lo restringen por motivos de razonabilidad “inherentes” a las diferencias propias, o bien por cumplir una función social.¹⁹⁷

Un control migratorio irrestricto se traduciría en un caos de organización, no solo a nivel interno, sino en la relación con sujetos de derecho internacional, como lo son los estados mismos u organismos internacionales. De ahí la importancia de establecer límites en relación con las normas que rigen el ingreso, estadía y egreso de los extranjeros, sin que estas excepciones y limitaciones deban entenderse como una negación del principio de igualdad, tal

¹⁹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2001-13001, de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del diecinueve de diciembre del dos mil uno. Expediente: 01-009273-0007-CO, San José, Costa Rica.

y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-18-03.

Particularmente, el artículo 5 de la LGME consagra la potestad del Estado para regular la materia migratoria, y en ese sentido la naturaleza de la misma dentro del ordenamiento jurídico interno, todo esto, en concordancia con los derechos humanos fundamentales reconocidos tanto a nivel local como internacionalmente:

“ARTÍCULO 5.- El Poder Ejecutivo, apegado a la presente Ley y con fiel respeto a los derechos humanos, los tratados internacionales y los convenios públicos ratificados y vigentes en Costa Rica, determinará la política migratoria nacional; regulará 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.”

Si bien es cierto el artículo menciona el apego a los derechos fundamentales y a los instrumentos internacionales, la última parte del texto hace mención a la *“integración social y la seguridad jurídica de las personas extranjeras que **residan legalmente** en el territorio nacional”*. Redacción que hace mención a los extranjeros que estén en una condición migratoria regular, pero que a su vez da

indicios de un tratamiento diferenciado al fijar una concepción errónea del papel que juega el fenómeno de las migraciones.

Esta redacción, no implica que el Estado pueda desconocer u obviar su obligación de protección hacia los migrantes indocumentados. Sin embargo, la misma no deja de ser hostil con los principios constitucionales y con la idea de una política integral, toda vez que utiliza un término que criminaliza el grupo en cuestión, fomentando la intolerancia hacia el mismo.

En este sentido se encuentra una particularidad de la misma naturaleza en la redacción del artículo 7 inciso b) de la misma ley:

“ARTÍCULO 7.- Toda política migratoria deberá contemplar:

a) (...)

b) El respeto a los derechos humanos y las garantías constitucionales de toda persona extranjera que solicite permanencia legal en el país.”

Una vez más, la composición del artículo aparenta un detrimento en la condición jurídica de quienes por un sin fin de razones, se ven obligadas a cruzar la frontera sin la documentación correspondiente.

Los artículos mencionados, distan de ser meros lineamientos dispositivos, se parte del análisis de enunciados que establecen lineamientos generales y

principios en los que se encuentra inspirado todo un texto normativo, esto es, son las bases del texto y de la política del gobierno en la materia, con la particularidad de presentar una visión sesgada de las conductas que se pretenden codificar.

Una correcta política integral, no debe dar cabida a situaciones que incidan en la errónea interpretación de una norma de esta naturaleza, y mucho menos facilitar una visión discriminatoria con respecto a la migración irregular, la cual lejos de ser afrontada como una contrariedad, debe ser emprendida con técnicas que fomenten e incentiven la migración regular.

Se debe considerar que la interpretación de la ley no es hermética, esta se nutre de principios y fuentes que permiten un análisis de cada situación, por lo que la aplicación en estos casos puede variar.

B. Aplicación administrativa.

Si bien es cierto la redacción de los artículos no implica una violación a los derechos humanos en primera instancia, es un hecho que la Administración topará ante supuestos que le harán incurrir en error, el mismo que puede representar un menoscabo a derechos fundamentales.

El actuar de la Administración Pública en estos casos, no implica la necesaria violación de derechos fundamentales, siempre que las acciones que motiven su

proceder se encuentren integradas por los principios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, pero cuando se trata de un grupo sumamente vulnerable como lo son los indocumentados, es más importante abordarlos desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos y sus principios fundamentales.

Esta imprecisión, le ha valido a la norma ser incluida dentro de la consulta de constitucionalidad N° 05-09618, sobre la cual la Sala Constitucional considera:

“...la omisión no implica discriminación, el que no se diga –en estas normas- que se tenga que proteger los derechos de los inmigrantes ilegales, no significa que se les vaya a desproteger o discriminar, puesto que no se han derogado ni se ignora todo el resto del ordenamiento jurídico, en cuanto, los convenios internacionales existentes al respecto.”¹⁹⁸

Será ante supuestos fácticos específicos que el actuar material de la Administración topará con situaciones discriminatorias, si no se llegase a aplicar la interpretación adecuada. Esta situación que compromete la posición de los extranjeros que no gocen de una permanencia regular en el país a causa de una grave imprecisión de carácter retórico, paralelamente, es bajo el lente de los instrumentos internacionales que se tendrán los elementos necesarios para hacer la correcta valoración en cuanto a la aplicación de la legislación migratoria

¹⁹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2005-09618, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veinte de julio del dos mil cinco. Expediente: 05-007009-0007-CO, San José, Costa Rica.

sustentada en cimientos defectuosos, como lo son dos artículos incluidos en el título de “Principios generales de la política migratoria” del cuerpo legal.

A partir de esta valoración, existe la posibilidad de que estas normas puedan consentir un grado de aplicación que atente contra derechos fundamentales del migrante, ante un aparato estatal imperfecto, que de por sí es capaz de cometer violaciones a cualquier tipo de derecho, sea a causa de una vía de hecho, la escueta fundamentación de un acto, o bien por mero error.

C. Discriminación e intolerancia.

Merece la pena distinguir un último aspecto ante el panorama. La relación de los alcances del término “legal” utilizado en ambas normas y su trascendencia en el establecimiento de la política migratoria del Estado, sobre la cual se refieren los artículos en cuestión.

El migrante, posea condición regular o no, sigue siendo un ser humano, revestido de las características propias de los derechos repasados al inicio de este examen. A pesar de la cualidad del Estado para establecer diferenciaciones con respecto a situaciones determinadas, estos poseen los mismos derechos y garantías inherentes a toda persona, por lo que las leyes no pueden basarse en criterios discriminatorios que les afecten.

La corriente aceptada a nivel contemporáneo, rechaza la utilización de los términos “legal” e “ilegal”, pues éstos revisten de una concepción errónea hacia el migrante al asociarle con grupos al margen de la ley que comúnmente son entendidos como delincuentes, fomentando la discriminación hacia esta minoría:

“Artículo 1

- 1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”¹⁹⁹*

Si bien la redacción de los textos de la LGME no conllevan a una violación de derechos fundamentales de los extranjeros que no se encuentren en situación migratoria regular o pretenda solicitar el acceso a la misma, esta puede producir consecuencias indirectas a causa de su semántica, pues esta deriva en la afectación de derechos de no discriminación, incurriendo en un verdadero problema de xenofobia y discriminación.

¹⁹⁹ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1.

Lo que parece un simple error capaz de ser suplido por la interpretación, adquiere otro plano cuando se enfoca el estudio a la correcta aplicación de los derechos humanos.

Los artículos mencionados se encuentran mal redactados a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, los mismos que deben proteger los Estados en su compromiso adquirido internacionalmente en la aceptación de instrumentos que pretenden afianzarles. Estos son, además, la base de la política migratoria integral nacional y por lo tanto no deben permitir errores que comprometan al Estado frente la comunidad internacional.

La discriminación, xenofobia e intolerancia a causa de la criminalización sugerida hacia el migrante irregular, son solo algunos prejuicios con los que tendrá que cargar cada afectado por una mala praxis en la definición de una política migratoria que debe esmerarse por corregir estos desaciertos.

El derecho va mas allá de la creación de normas. Existe una responsabilidad por parte de un aparato estatal que sirve a quienes habitan en él. Tal como se indicó, el poder legislativo tiene la responsabilidad de velar por el correcto desarrollo de la ley y su armonía con los derechos humanos, pues esta servirá como pilar de cualquier política pública.

Si bien estos artículos no son causantes de una lesión directa, gracias al auxilio de una fuente que viene a enmendar el error del legislador, como lo es la interpretación judicial, las consecuencias derivadas de su desarrollo acarrearán resultados contrarios a lo que pretenden los convenios internacionales en la materia, derivando en una amplia gama de implicaciones con las que tendrán que cargar los de por sí maltratados indocumentados.

En otras palabras, la correcta aplicación de los derechos humanos, debe comprender cimientos resistentes a las impertinencias del aparato estatal, que como se sabe, es el principal causante de lesionar este tipo de derechos. La legislación debe ser integral, debe reflejar los fines que pretende alcanzar la política migratoria, pues de lo contrario se incurre en un desacierto con respecto a los derechos fundamentales que se pretende proteger.

Las normas que se han citado no cumplen esas características, y es responsabilidad del Estado corregir esos descuidos de forma calificada y no por medio de remiendos que a la postre no acaba con el problema inicial. Tal como estas fueron redactadas implica desarmonía con el resto de una legislación que pretende ser integral, pero no pasa de ser represiva.

Los supuestos reprochados no implican una desprotección para los migrantes, pero las consecuencias directas e indirectas de sus alcances, producen un

menoscabo a la condición de igualdad de todo ser humano. Prueba fehaciente de esta afirmación, se refleja en los casos que se verán seguidamente.

Sección II. Libertad de tránsito.

A. Potestad sancionatoria de la Administración.

Páginas atrás se indicó claramente como el actuar de la Administración se encuentra sujeto a lo establecido por ley, situación que encuentra relación con el principio de tipicidad de las infracciones en materia administrativa. En materia de sanción administrativa, la relación de causalidad entre la previa materialización del hecho y la puntualización de la infracción administrativa, se encuentra sujeta al principio de *“nullum crimen sine lege, unlla poena sine lege”*: no existe una infracción sin una previa sanción y por lo tanto no existe infracción sin una tipificación previa.

Se trata de una exigencia para la Administración y de un mecanismo de seguridad para el administrado, al ser de observancia obligatoria y encontrarse dotado de jerarquía constitucional:

“ARTÍCULO 39.- 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.”²⁰⁰

²⁰⁰ Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 39 párrafo primero.

Esta situación brinda dos garantías importantes a nivel de seguridad jurídica. Primero la falta de cabida de aplicación de un método analógico, el cual abra el riesgo a supuestos de discrecionalidad; y segundo, la necesidad de contar con sanciones proporcionales entre la infracción y la sanción administrativa.

“Cuando se trata de la Administración, el principio general es el que solo es legítima su actividad opuesta a los derechos e intereses del particular cuando es ejecución de un acto administrativo previo, el cual , a su vez, tiene que estar fundado en una potestad abstracta, otorgada a la Administración por una norma.”²⁰¹

Resulta sencillo deducir que el cuadro fáctico se encuentra relacionado con los ya mencionados principios de legalidad y reserva de ley como garantía irrenunciable del administrado ante toda actuación u omisión administrativa, y que imponen límites y obligaciones a los funcionarios administrativos. La habilitación previa legal no acepta la remisión indeterminada, amplia o abstracta a causa de puntualización concreta y precisa.

En materia migratoria, estas garantías constitucionales se encuentran desarrolladas en la LGME, la cual determina la posibilidad de que un extranjero sea detenido por lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes. Pero no es tan sencillo, la privación de libertad es una situación delicada a la luz de los

²⁰¹ Ortiz Ortiz Eduardo (1993), *op. cit.*, pp. 59.

derechos humanos, pues esta debe realizarse bajo circunstancias calificadas y como última salida a la complicación que represente.

B. Aprehensión cautelar y detención.

La libertad de transitar libremente por el territorio de un Estado, es un derecho que puede ser restringido, con la particularidad que las limitaciones que se establecen respecto al mismo, implican la ineludible afectación a uno de los valores jurídicos de mayor trascendencia en el ordenamiento, la libertad.

Resguardado a nivel constitucional por el artículo 22 de la Carta Magna, y desarrollado en el tema que interesa por la LGME, la cual dispone la libertad de que gozan los extranjeros para circular libremente por el territorio nacional, y por el tiempo definido en el permiso acreditado por la DGME. La libertad de tránsito, se complementa con el derecho de permanencia tutelado a su vez por el artículo 32 constitucional, el cual debe entenderse como una de las excepciones para los extranjeros mencionadas el artículo 19 del cuerpo constitucional.

Es quizá el tema más delicado de esta tesitura y controvertido a nivel práctico. La libertad solo puede ser restringida en virtud de una ley previa y a causa de infracciones a tipos penales, en virtud de la protección de seguridad nacional, seguridad general u orden público, por falta a la moral o amenaza a la salud pública, o bien en resguardo de derechos y libertades de los demás²⁰². A pesar de esto, según la OIM, la práctica general de muchos países es la de someter a

²⁰² Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 22.

los migrantes a detenciones administrativas temporales, de modo que se pueda investigar o determinar su condición o estatus migratorio, y Costa Rica aún no es la excepción a esta corriente.

La detención es reconocida como una restricción de la libertad de movimiento de una persona por las autoridades del Estado²⁰³, que se concreta cuando se encierra o detiene a alguien privándole de su libertad de tránsito. Esta puede ser de naturaleza penal, cuando alguien ha cometido un crimen o delito; o bien, puede ser administrativa cuando se detiene a una persona porque incumplió la ley de inmigración de determinado país, por ejemplo, el no portar documentos de identificación válidos²⁰⁴.

En principio, dicha práctica es realizada sobre aquellos migrantes que han violado las normas de migración, situación que no se encuentra tipificada como un delito. A falta de una solución más conveniente, una detención administrativa de este tipo y por un período prolongado, resultaría en una afectación a los derechos fundamentales de la persona migrante.

La actual LGME, concede potestades a la Administración para aprehender a las personas migrantes a fin de determinar su verdadera condición migratoria, en tres de sus artículos:

²⁰³ OIM (2006), *op. cit.*, pp. 20.

²⁰⁴ Observatorio de Medios de Comunicación sobre Población Migrante y Refugiada:
<http://www.conamaj.go.cr/observatorio/personasmigrantes.htm>

“ARTÍCULO 18.- Las personas miembros de la Policía de Migración y Extranjería, debidamente identificadas, deberán:

(...)

l) Aprender cautelarmente, por el tiempo necesario, a las personas extranjeras que no demuestren que gozan de una autorización de permanencia legal en el país, a fin de determinar su situación migratoria y tramitar y ejecutar las sanciones pertinentes, cuando corresponda.”

“ARTÍCULO 25.- En Costa Rica, las personas extranjeras gozarán de los derechos y las garantías individuales y sociales reconocidas para las personas costarricenses en la Constitución Política, salvo las limitaciones que establecen la Constitución Política, así como esta y otras leyes. Las normas relativas a los derechos fundamentales de las personas extranjeras se interpretarán conforme a los convenios en la materia de derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Costa Rica que se encuentren vigentes y, específicamente, por lo siguiente:

(...)

e) 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, tramitar y ejecutar las sanciones administrativas previstas por la presente Ley.”

“ARTÍCULO 208.- La Dirección General, durante la tramitación del procedimiento administrativo, podrá acordar la aplicación de alguna de las siguientes medidas cautelares:

(...)

b) Orden de aprehensión de la persona extranjera, por el tiempo estrictamente necesario para completar el procedimiento administrativo de deportación y su ejecución.”

Dentro de las consideraciones jurídicas que se deben tomar en cuenta en estos supuestos, se encuentra cómo el principio de reserva de ley en materia penal brinda exclusividad para sancionar con penas privativas de libertad a las personas que adecuen sus conductas a un tipo penal. Sin embargo, en el caso que concierne, no se encuentra ante una pena restrictiva como tal, sino ante una medida administrativa, una herramienta que permite a la administración tutelar la “seguridad pública” y la regulación del fenómeno migratorio.

Pero una interpretación semántica de las normas a la luz de los derechos humanos, puede hacer ver más allá. La legislación dota a la Administración de una herramienta efectiva, pero no da cabida a otras opciones que busquen evitar la situación de la detención. La ley se vuelve, una vez más, restrictiva. No

considera la posición humana del migrante y lejos de ofrecer una solución integral, ofrece una con los mismos efectos prácticos que una pena punitiva.

Es justo aquí donde nace la segunda y quizás más importante consideración, en razón a los alcances de la aplicación práctica de la norma, la cual a pesar de su naturaleza administrativa, restringe el derecho fundamental de toda persona a circular libremente, y por lo tanto debería tener una interpretación bajo la luz de los derechos humanos y no desde la perspectiva del derecho común como se ha dado en la práctica.

Se encuentra a continuación una interpretación de la Sala Constitucional, que reviste de particular importancia pues sirve para ilustrar la restricción de libertad personal antepuesta a los derechos fundamentales:

“La Sala considera que, como lo ha recogido el artículo 40 de la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados éstos que son legislación plenamente vigentes en nuestro país, por mandato del artículo 7 de la Constitución Política, al haber sido debidamente aprobados y ratificados, la actividad del Estado no tiene por qué producir transgresiones a los derechos fundamentales, ya que la existencia misma del Estado responde precisamente a la necesidad de satisfacer los problemas colectivos de una comunidad y no al contrario, que implicaría que la sociedad

existe para preservar al Estado. Por esto, no pueden existir en un Estado de Derecho, consecuentemente 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.”²⁰⁵

El cuadro fáctico de la resolución es el de una extranjera que, entre otras violaciones, denuncia las malas condiciones del Centro de Aseguramiento para Extranjeros en Tránsito, donde en aquel entonces eran reclusos los extranjeros cuya situación migratoria se encontraba en investigación. Además, se declara con lugar dicho recurso “*sin ordenar la libertad de la amparada*”, pues según se había indicado, ésta se encuentra en “libertad” y salvan el voto tres magistrados que consideran se debe restaurar la libertad de la amparada.

Por ahora, interesa rescatar la idea fundamental del extracto. El migrante indocumentado no es un criminal, y por lo tanto, no representa una amenaza como tal para la sociedad. La libertad personal implica el derecho de circular libremente por el territorio, su restricción será el último recurso del Estado ante el acometimiento de una falta seria y debidamente tipificada. Si ésta es la regla en materia penal, con más razón debe serlo en materia administrativa, ésta debe ser el último recurso utilizado por la Administración para la consecución de sus fines y a falta de una mejor solución. Por lo tanto, debe ser abordada a la luz de

²⁰⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2003-12929, de las catorce horas con treinta minutos del cinco de noviembre del dos mil tres. Expediente: 03-011200-0007-CO, San José, Costa Rica.

los derechos superiores y en concordancia con los compromisos adquiridos a nivel internacional, situación contraria a la realidad imperante.

Tropezamos ante una disyuntiva cuyo origen se encuentra en una ley restrictiva que no abre la posibilidad de otras opciones, e imposibilita a la Administración, en virtud de los principios de legalidad y reserva de ley, a aplicar medidas paralelas que sitúen la privación de libertad como la última opción, como reflejo, una vez más, de una política migratoria defectuosa.

C. Discrecionalidad y constitucionalidad.

Se entra así a analizar el problema de la interpretación de la Sala, en cuanto a pesar de lo anteriormente expuesto, considera no existe una violación a los derechos humanos, amparándose en la vaguedad de un término para fundamentar su posición y sin determinar los alcances conceptuales de dicha indeterminación.

Se hace referencia al denominador común de las normas supracitadas, la detención del extranjero por un “*tiempo estrictamente necesario*” mientras se verifica su condición migratoria o se completa el procedimiento administrativo de deportación y su ejecución según el caso.

Con respecto a esto, la Sala Constitucional, en la resolución 05-09618 manifestó lo siguiente:

*“... 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””*²⁰⁶

Tal como se ha indicado repetidamente, el uso de la potestad discrecional de la Administración debe ser mínimo, situación que se refuerza cuando se antepone una restricción a un derecho fundamental, y se agudiza más aún cuando se trata de uno de los derechos de mayor rango jerárquico, como lo es la libertad. El uso de términos imprecisos que abren la puerta a indeterminaciones de este tipo, deben estar vedados de una norma que restrinja un bien jurídico tan importante, en procura de la seguridad jurídica y el respeto a los derechos humanos. La Sala se ha pronunciado también sobre el régimen de los derechos y libertades fundamentales como materia de reserva de la ley al disponer:

*“Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley.”*²⁰⁷

²⁰⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2005-09618, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veinte de julio del dos mil cinco. Expediente: 05-007009-0007-CO, San José, Costa Rica.

²⁰⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 3173-93, de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y tres. Expediente: 980-M-91, San José, Costa Rica.

La primera interpretación, pareciera obviar inconscientemente lo dispuesto en el segundo y acertado extracto. Fundamenta su posición en una frase que abre la puerta a interpretaciones ampliamente discrecionales según requiera cada caso.

La aprehensión administrativa es un supuesto donde existirá una evidente actuación discrecional por parte de la administración a la hora de afectar el derecho fundamental de libertad personal, y que se refuerza en relación con la ausencia de plazos máximos definidos. Pero lo realmente grave, es una justificación que no establece un control claro para la administración, sino que supedita la interpretación a una noción vaga y carente de controles, interpretación que además, viene directamente del órgano jurisdiccional garante de los derechos fundamentales.

El fenómeno de la aprehensión cautelar, es común en la práctica internacional de actividades de control y regulación migratoria, sin que esto signifique que sea el único procedimiento y mucho menos el más apropiado. Paralelamente, la ausencia de controles hacia la Administración, cuando topa con uno o varios derechos fundamentales, es sencillamente inaceptable.

Se difiere del criterio de la Sala sobre la armonía de estas normas con las garantías constitucionales, pues aunque ésta considera que su composición no resulta contraria a la norma constitucional, no consideran los magistrados que

dado al gran margen de disposición otorgado al Estado su aplicación puede resultar lesiva para el frágil grupo que cubre.

Se agrega aquí un último elemento a la interpretación de la Sala, con respecto a lo establecido en el artículo 37 constitucional, que señala:

“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.

Y sobre el cual la Sala ha señalado:

“...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.”²⁰⁸

Aunque parezca insólito, la resolución es parte de la corriente jurisprudencial de la Sala. Resulta inaudito como los magistrados del órgano encargado de

²⁰⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2003-12929, de las catorce horas con treinta minutos del cinco de noviembre del dos mil tres. Expediente: 03-011200-0007-CO, San José, Costa Rica.

resguardar los derechos fundamentales de la Nación, realicen una interpretación en detrimento a estos derechos.

Durante la investigación se ha pretendido dejar claro como la Administración debe sujetarse a controles específicos, donde la ley incluso la faculta para utilizar de manera restringida el uso de la potestad discrecional ante supuestos donde resulte necesario. De igual forma, se ha hecho énfasis en la posibilidad que tiene el Estado, previo asentimiento legal, de restringir derechos fundamentales cuando no exista una opción adyacente. Por último, se ha buscado dejar claro, que ante la confrontación del derecho común con los derechos humanos, es necesario anteponer estos últimos, no solo por cuestiones de jerarquía, sentido común y humanidad, sino por los deberes adquiridos a nivel internacional.

A pesar de todo esto, y aún en contra de la supuesta política migratoria integral que ha adoptado el país, se realiza una interpretación de la norma constitucional contraria al espíritu de la misma, que pretende proteger al administrado de abusos por parte del Estado en virtud de los principios de inocencia y debido proceso garantes de todo Estado de Derecho, en una materia en la cual quien ha sido despojado de su derecho fundamental sin haber cometido delito.

Retomando la idea, si la norma constitucional pretende proteger al administrado de la injerencia del Estado en materia penal, dicha garantía debe aplicar con

mucho más razón en materia administrativa, donde rigen principios paralelos en materia de sanción y restricción de este derecho específico.

Para demostrar el desacierto de dicha resolución, se aportará otra resolución determinante para lo que se pretende demostrar, con respecto a la jerarquía que debe prevalecer ante supuestos donde la interposición de la norma requiera confrontar el derecho común y los derechos fundamentales:

“V.- Desde la óptica de la ley y de las políticas migratorias, el cuadro fáctico es el de un extranjero que se encuentra ilegalmente en el país, a quien se le detiene y deporta en virtud de un acto administrativo firme y se dicta en su contra un impedimento de entrada por diez años; el hecho de su matrimonio con costarricense no modifica la ilegalidad de su status, por lo que, de conformidad con la Ley General de Migración Extranjería y su Reglamento procede su deportación. En cambio, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, resulta absurdo resolver el caso con la Ley General de Migración y Extranjería y su Reglamento. Al resolver el amparo, la Sala tiene que aplicar la Constitución Política y los instrumentos internacionales de los derechos humanos, como fuentes primeras en la jerarquía de sus fuentes.”²⁰⁹

²⁰⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2003-06576, de las catorce horas con treinta y cinco minutos del nueve de julio del dos mil tres. Expediente: 03-007281-0007-CO, San José, Costa Rica.

Existe una contradicción abismal entre las interpretaciones criticadas de la Sala y esta última. La materia migratoria es muy delicada, la mayoría de afectaciones producidas hacia el extranjero, encuentran protección en instrumentos adoptados por el país y que gozan de una jerarquía inclusive superior a lo norma constitucional.

Considerando la relevancia del derecho en mención, cabe cuestionarse si las nociones de proporcionalidad y razonabilidad que integran las funciones administrativa y legislativa, justifican la omisión, no solo de medidas alternativas para solucionar esta efigie, sino también la carencia de plazos definidos que fomenten un actuar de la administración en apego a criterios de eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad.

En la materia que concierne, la existencia de una afectación al derecho de toda persona de circular libremente, resulta evidente bajo la luz de los derechos humanos, siempre que la legislación no se preocupe por buscar otras soluciones. Situación que se agrava cuando a consecuencia de ésta se encuentran afectaciones conexas a otros derechos fundamentales, como pueden ser el derecho al trabajo, a la reunión familiar e interés de menores de edad, afectación a la dignidad a causa de la criminalización que sufren las víctimas de aprehensión, sin mencionar el impacto psicológico que implica estar enclaustrado sin haber cometido delito.

La aprehensión cautelar no tiene por que lesionar derechos fundamentales, si la política migratoria y la legislación conceden soluciones análogas y establecen plazos perentorios al actuar de la Administración.

Por último, dentro de algunas alternativas afines a la detención que pueden ser utilizadas antes de recurrir a una detención por más de 24 horas, y según las circunstancias del caso, se podría mencionar el uso de medidas cautelares utilizadas en derecho penal, como la firma obligatoria cada cierto tiempo; o bien el establecimiento de un toque de queda para los extranjeros que a causa de las circunstancias de su detención, o por la duración del trámite a que están siendo sometidos, deban pasar la noche en el centro de detención para efectos de control.

Además, en apego al principio de buena fe del extranjero cuyo caso se encuentra en estudio, la existencia de una cláusula que establezca que el incumplimiento de cualquiera de las medidas impuestas, puede ser motivo para la cancelación o anulación de su condición o trámite migratorio, así como la posible aprehensión en el centro correspondiente, siempre que éstas no afecten otros derechos fundamentales.

El caso de extranjeros cuyo trámite consiste en la deportación definitiva, es un buen ejemplo de cómo las medidas complementarias pueden ser insuficientes ante los fines que pretenden conseguirse, y donde la aprehensión responde

como único método eficiente ante las necesidades del Estado, por lo que dicha restricción no implica un detrimento en los derechos fundamentales del afectado.

Es por todo lo expuesto, que se considera que tanto las normas como la interpretación constitucional de las mismas son violatorias de los derechos fundamentales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y su respectiva jerarquía en el ordenamiento jurídico costarricense. Tampoco está de más insistir en la premisa fundamental de que quienes permanecen en los centros de aseguramiento para extranjeros son personas que han infringido normas administrativas, y no de personas que se les siga una causa penal, por lo que no deben ser tratados como tales.

Sección III. Debido Proceso.

A. Ausencia de procedimientos y fases recursivas.

Toda persona, sea nacional o extranjero, regular o irregular, tiene derecho de poder defenderse y a ser escuchado ante circunstancias que atenten contra cualquiera de sus derechos, situación resguardada por el artículo 41 constitucional.

En este caso, el principio de legítima defensa se presenta como un instrumento a favor del individuo particular, para rechazar todo acto o injerencia arbitraria realizado en su contra por una autoridad pública. Este derecho comprende la garantía de que sus argumentos sean expuestos mediante un proceso que

garantice igualdad de condiciones para las partes y donde un tercero imparcial decidirá sobre la cuestión.

Con respecto a esta garantía constitucional establecida en el artículo 39, la Sala Constitucional ha dispuesto:

“...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 y que en caso subexamen se le ha privado de ese derecho al recurrente, por lo que se quebrantaron las normas constitucionales ya citadas.”²¹⁰

La interpretación establece la relevancia de este principio, ante circunstancias de apremio en la relación Estado-administrado, cuando este último necesite satisfacer este derecho a una justicia pronta y cumplida a causa de una injerencia del primero.

Pero los alcances del principio de legítima defensa no terminan aquí. Este contempla además, la existencia de mecanismos que velen por su correcto desarrollo, ante la necesidad de que el proceso sea analizado en una fase

²¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución:1990-00015 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa. Expediente: 89-000287-0007-CO, San José, Costa Rica.

posterior en caso de ser necesario. Situación ante la que la Sala también ha brindado su aporte, reforzando la importancia de esta garantía:

“En efecto, un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales (de goce), como es la libertad personal.”²¹¹

El principio del debido proceso no es solo un derecho fundamental, sino que es garante de resguardar la correcta aplicación de los mismos. Los principios básicos del debido proceso, se encuentran contemplados por el mencionado artículo 39 de la Constitución Política, como el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, este último establece:

“Artículo 25. Protección Judicial

1. 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, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

²¹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2004-14381, de las diez horas con veinte minutos del diecisiete de diciembre del dos mil cuatro. Expediente: 04-010370-0007-CO, San José, Costa Rica.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- d) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”*

Desafortunadamente, se encuentra otro yerro en el trabajo del legislador con respecto a la materia que se analiza. Son los artículos 58, 220, y 222 de la LGME, los encargados de eliminar la opción de una fase recursiva en los supuestos contra actos de trámite dictados en razón de un procedimiento administrativo, contra resoluciones que denieguen el ingreso de una persona extranjera al país, contra la orden de rechazo, contra las deportaciones en algunos supuestos, así como la falta de procedencia de recurso de revisión contra resoluciones de la Dirección General de Migración y el Ministerio de Seguridad Pública:

“ARTÍCULO 58.- La determinación y ejecución del rechazo no requieren procedimiento administrativo previo. Contra la decisión de la autoridad migratoria de ejecutar el rechazo, no cabrá la interposición de recurso administrativo alguno.”

“ARTÍCULO 220.- No cabe recurso alguno contra los actos de trámite dictados en razón de un procedimiento administrativo, contra las resoluciones que denieguen el ingreso de una persona extranjera al país, contra la orden de rechazo ni contra las deportaciones ordenadas con fundamento en los incisos a), b) y d) del artículo 179.”

“ARTÍCULO 222.- Contra las resoluciones que dicte la Dirección General o contra las que el Ministerio dicte en materia migratoria, no cabrá recurso extraordinario de revisión.”

El problema de las disposiciones citadas es más que evidente. La ausencia de fases recursivas implica la imposibilidad del administrado de ejercer su derecho de defensa, acabando con la posibilidad de mantener un equilibrio entre el Estado y el habitante, y abriendo la puerta para que sus derechos fundamentales se vean afectados según las circunstancias.

Otro problema encontrado ante estas situaciones específicas, es con respecto al margen de discrecionalidad con que puede actuar la administración, pues este se acentúa ante la ausencia de recursos en contra de sus actuaciones o resoluciones.

Ahora bien, resulta contraproducente pretender que toda actividad administrativa deba ser objeto de recurso, ya que esto significaría la imposibilidad de obrar para el Estado. Existirán actos que por su naturaleza no tienen por que ser revisadas por un superior jerárquico, como por ejemplo las resoluciones de mero trámite. Es por esto que la facultad de establecer los supuestos que gozarán de una fase recursiva, son otorgados al legislador.

En cuanto a este tema, la Sala Constitucional, en la resolución sobre la consulta de constitucionalidad de las normas, ha manifestado:

“Esta Sala ha mantenido la posición de que el derecho al debido proceso no implica que toda resolución debe ser recurrible, sino que es política del legislador otorgarle a las resoluciones esa fase recursiva, pudiendo negársela a otras (...) Además de que se comprende que por la premura y celeridad que requiere este tipo de procedimiento, es posible que el legislador reduzca sustancialmente la fase recursiva.”²¹²

La posición es válida y clara, es potestad del legislador establecer los supuestos en los que cabrá fase recursiva y los que no. Sin embargo, la tesis de la Sala no agota el análisis en cuestión, si bien es cierto esta tesis le daría al legislador la potestad de restringir la fase recursiva, sigue siendo objeto de consideración si, en razón de la materia, la posición de desventaja del migrante frente a la

²¹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2005-09618, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veinte de julio del dos mil cinco. Expediente: 05-007009-0007-CO, San José, Costa Rica.

Administración y los derechos del mismo susceptibles a una afectación por esta facultad del legislador, se está ante una limitación conveniente, como puede suceder (y que como se verá ha sucedido), en la afectación de derechos adyacentes.

Surgen así las interrogantes ¿puede el extranjero defenderse ante un eventual abuso de la Administración sin la debida asesoría legal?, y en caso de que conozca sus derechos, ¿está dotado el extranjero, sea regular o irregular, para acceder a una instancia superior en resguardo de sus intereses fundamentales?. En otras palabras, ¿conoce el sujeto afectado, en este caso un extranjero, sus derechos?, y en caso de que así sea, ¿tendrá la oportunidad de accionar esos mecanismos, tomando en cuenta aspectos como su duración y costo?.

La respuesta a estas interrogantes estará sujeta a cada caso concreto. En todo caso, no parece haber pugna entre lo dispuesto por las normas y los derechos fundamentales en general, pues, en caso de darse una afectación en uno de estos derechos, el afectado tendrá la posibilidad de acudir a una instancia judicial que revise su caso, sea la jurisdicción contencioso administrativa, o las jurisdicciones de amparo y hábeas corpus.

“...se comprende que por la premura y celeridad que requiere este tipo de procedimiento, es posible que el legislador reduzca sustancialmente, la fase recursiva. De todas formas, la acción de amparo y de hábeas corpus, permanecen siempre como opciones

idóneas para el resguardo de sus derechos fundamentales.”²¹³

Pero no, la situación es un tanto más compleja. Se trata de la protección de sujetos en condición vulnerable cuyos derechos son reconocidos a nivel internacional y que el ordenamiento costarricense ha aceptado atender como suyos. Por esta razón, se hará mención al voto salvado de la Magistrada Calzada Miranda en la consulta de constitucionalidad anteriormente citada, la cual manifiesta dudas con respecto a la interpretación inicial:

“(...) una garantía que debe estar presente en todos los procesos, es la posibilidad legal de que las personas involucradas recurran las decisiones o resoluciones que se emitan, cuando consideren que las mismas lesionan sus intereses y derechos fundamentales. Independientemente de la materia que regule, resulta altamente inconveniente que la legislación nacional establezca excepciones a dicho principio(...) si bien es cierto puede en algunas etapas procesales negársele la impugnación de la resolución, tratándose de una denegatoria como las establecidas en este artículo que constituye un acto final, el cual a todas luces debe estar sujeto a las normas del debido proceso, resultaría violatorio de este derecho fundamental, so pretexto de que se trata de una “política migratoria”, la cual podría llegar a tener facetas de autoritarismo o

²¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2005-09618, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veinte de julio del dos mil cinco. Expediente: 05-007009-0007-CO, San José, Costa Rica.

*xenofóbicas de acuerdo a quien se encuentre ejerciendo la dirección de ese importante órgano (...)*²¹⁴

Tal como lo indica la magistrada, si el legislador basa la decisión de eliminar la etapa de impugnación a estos supuestos, basándose en la política migratoria, aún cuando los derechos que pueden ser afectados estén revestidos de un orden superior, no queda más que pensar que se está ante una política inminentemente restrictiva y violatoria de estos derechos.

La adecuación de las normas en pugna con el principio del debido proceso, es imprescindible para asegurar el respeto a los derechos fundamentales del extranjero en estos casos, en especial por la importancia y lo determinante que resultan las actuaciones de la administración contempladas en ellas. El legislador parece olvidar una vez más la jerarquía de estas atribuciones.

Por último, con respecto a la falta de procedencia de recurso de revisión contra las resoluciones de la DGME y el MSP, podríamos pensar en la posibilidad de recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo a los supuestos establecidos por el Código Procesal Contencioso Administrativo²¹⁵.

No se debe olvidar que esta debe ser la excepción y nunca la regla. En caso de topar con afectación directa a un derecho fundamental que pudo ser prevenido

²¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2005-09618, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veinte de julio del dos mil cinco. Expediente: 05-007009-0007-CO, San José, Costa Rica.

²¹⁵ Código Procesal Contencioso Administrativo, artículo 31.

con un recurso impugnatorio, el afectado siempre tendrá la posibilidad de acudir a una instancia superior, como lo son las jurisdicciones constitucionales creadas para el resguardo de estos. La posibilidad de acceder a una instancia independiente del órgano que dictó el acto causante de la afectación, no justifica la falta cometida por el legislador, pues estos únicamente estudiarán la falta cometida y en caso de proceder, ordenarán la restitución de las circunstancias que garanticen la marcha adecuada del derecho transgredido.

B. Violación a derechos adyacentes.

Antes de iniciar este apartado, se aclararán dos puntos sobre los que hay que partir. Primero, el Estado se encuentra en la potestad de establecer los procedimientos y condiciones de ingreso en razón de su potestad soberana y de modo que estas condiciones sean cumplidas a cabalidad. Segundo, no se pretende realizar una crítica con el motivo de entorpecer el procedimiento establecido y aumentar las trabas burocráticas que de por sí entran el descalabrado actuar administrativo. Al tratarse de un estudio que parte de la perspectiva de los derechos humanos, se pretende sacar a relucir afectaciones a derechos fundamentales que esta práctica puede traer como consecuencia de la aplicación de normas indolentes.

Se toma como ejemplo el caso del rechazo. No se encuentra el extranjero ante un procedimiento administrativo previo, ni se topa ante un supuesto donde la figura se produzca con la debida decisión motivada, por lo que la aplicación de la

norma será la que decida el funcionario u órgano administrativo en el caso concreto. Hasta acá no parece haber problema, desafortunadamente en la práctica las situaciones son un tanto más complejas, por lo que se agregará al supuesto un elemento extra.

El rechazo se da a causa de incumplimiento de requisitos de ingreso, de un extranjero en condición irregular y que tiene familia dentro del territorio nacional:

“...el recurrente interpuso recurso de habeas corpus contra la Dirección General de Migración y Extranjería y manifestó que el tutelado es ciudadano de la República de Perú y tiene varios años de vivir en Costa Rica. Hace pocos meses contrajo matrimonio civil con una costarricense con quien convivía desde hacía algunos meses. Su trámite migratorio aún no ha sido aprobado en virtud de la lentitud de la Dirección General de Migración y Extranjería. El tutelado es incluso padre de una ciudadana costarricense. En la misma fecha de presentación del recurso, cuando el tutelado venía procedente de Guatemala, en el aeropuerto de Costa Rica, no se le permitió su ingreso aduciendo que no tenía visa de ingreso a Costa Rica. En virtud de ello, el tutelado fue devuelto a Guatemala. Al tener vínculos matrimoniales y una hija en Costa Rica -a su juicio-, el tutelado posee el derecho a ingresar a este país, razón

por la cual considera violentado su derecho al libre tránsito y solicitó autorizarle su ingreso al territorio nacional.”²¹⁶

Se trata de un supuesto donde resulta afectado el reconocido derecho fundamental de reunión familiar, a causa de la falta de una fase recursiva que le permita ingresar al país mientras se estudia su condición. El recurso es impulsado por su representante legal en el país y es declarado con lugar, de modo que se permite el ingreso del agraviado reestableciendo sus derechos fundamentales a la normalidad.

Una vez más, surge la interrogante sobre si todos los extranjeros toparán con la misma suerte, y si conocerán las vías adecuadas para hacer valer sus derechos fundamentales.

La situación puede equipararse al caso de un extranjero que busque refugio dentro del territorio nacional, y que sin haber iniciado los trámites correspondientes ante la DGME, sea detenido y se ordene una orden de deportación en su contra. Esta situación resulta sencillamente inaceptable a todas luces, dado el grado de peligrosidad que implicaría para el afectado el ser devuelto al país de donde huye, por no mencionar la flagrante violación al principio de Non-refoulement o no devolución. Hay que recordar que el Estado no es el encargado de otorgar el estatuto de refugio de una persona, sino que su

²¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2003-11712, de las catorce horas con treinta y cinco minutos del quince de octubre del dos mil tres. Expediente: 03-010460-0007-CO, San José, Costa Rica.

deber es el de aceptar o rechazar protección internacional dentro de su territorio según el procedimiento que ha establecido.

La relación que guarda cada cuadro fáctico con la posible afectación a un derecho fundamental, estará determinada a las condiciones de cada supuesto. Si bien es cierto la falta de métodos de impugnación ante estas decisiones causan una inminente indefensión para el extranjero, este aún puede acudir a una instancia superior según sus condiciones y oportunidades.

Se podría afirmar que en virtud de la necesidad del Estado de mantener el orden y un adecuado control migratorio, estas normas no resultan, tal como lo ha expuesto la Sala, inconstitucionales. Pero bajo supuestos específicos, la norma no puede ni deberá ser interpretada de forma restrictiva, existirán casos donde el argumento del afectado deberá ser tomado en consideración para no afectar derechos de jerarquía superior, pues de lo contrario incurriría en una inminente afectación a los derechos base del estudio.

Sección IV. Principio de Inocencia.

A. Rechazo por motivos discriminatorios.

El artículo 20 de la Constitución Política de Costa Rica, instaura la garantía mínima que tiene toda persona de no ser objeto de persecución arbitraria y de recibir protección de la ley. Es este el presupuesto básico del principio de

inocencia, el cual en materia penal, reconoce la inocencia del imputado mientras la autoridad competente no demuestre lo contrario.

Esta situación también se encuentra resguardada por el artículo 11, párrafo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

Resulta sencillo explicar el principio de presunción de inocencia con la alegoría que dice que toda persona es inocente hasta que no se pruebe lo contrario. Este adquiere relevancia en el proceso penal, como una garantía de protección ante el poder inquisitivo de la administración, situándolo como un principio imprescindible para efectos de imponer una sanción.

En la materia que ocupa, se puede entender como la garantía necesaria para contener la imposición de una sanción sin antes haber demostrado la responsabilidad por la conducta que se atribuye²¹⁷.

La LEGM contempla supuestos donde es posible aplicar la figura del rechazo, en los casos donde se vincula el extranjero con grupos delincuenciales o a causa

²¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2005-09618, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veinte de julio del dos mil cinco. Expediente: 05-007009-0007-CO, San José, Costa Rica.

de la posible comisión de un delito. Según la perspectiva en que se aborden, estos pueden lesionar derechos fundamentales, por lo que se les conocerá por separado.

El primero de ellos es el artículo 54, el cual presenta ambigüedad en su estructura, poniendo en riesgo la presunción de inocencia:

“ARTÍCULO 54.- Las personas extranjeras serán rechazadas en el momento en que pretendan ingresar al territorio nacional y, aunque gocen de visa, no se les autorizará el ingreso, cuando se encuentren comprendidas en cualquiera de los siguientes supuestos:

(...)

...h) Quienes han estado vinculadas a bandas o pandillas delincuenciales o a grupos vinculados con el crimen organizado.”

La condición restrictiva se encuentra expuesta a través de una terminología bastante abierta, pues se refiere a migrantes que *“han estado vinculados”* de alguna medida con grupos delincuenciales. No establece la norma la posibilidad de determinar el tipo de relación existente, como tampoco algún requisito que demuestre si dicho vínculo se dio bajo condiciones voluntarias por parte de la persona.

Tampoco se establece la necesidad de coordinar con las autoridades competentes con el país de origen, sobre la existencia de una causa penal, antecedentes penales, o bien una sentencia firme en cuanto al supuesto descrito, es decir, no brinda elementos suficientes para determinar en que consiste ese vínculo. Además, dadas las particularidades del rechazo que se han mencionado anteriormente, este artículo viene a ampliar aún más la discrecionalidad con que podría contar la Administración en cuanto a la afectación de derechos fundamentales del migrante.

Si se aborda el principio de presunción de inocencia como el aplicable a materia punible, indudablemente se encontrará una afectación de los derechos fundamentales de la persona. A esta situación se puede agregar el amplio grado de imprecisión de las norma en cuestión, que tiene como consecuencia directa la posibilidad de un amplio margen discrecional a favor de la Administración en la aplicación de la misma.

El Estado no puede obviar el hecho de que la información puede estar viciada si no proviene de una fuente segura, la simple sospecha no puede bajo ninguna circunstancia ser el motivo que deniegue la entrada de una persona. En el contexto de nuestra región, un individuo tatuado podría ser presa fácil de prejuicio al relacionársele con alguna pandilla delincriminal como las conocidas “Maras”, sin que esto sea prueba fehaciente de dicho vínculo.

Véase el segundo caso, sobre la denegación a la condición de refugio o asilo por “motivos fundados”.

“ARTÍCULO 110.- No le será reconocida la condición de refugiada ni la de asilada a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que, como persona extranjera petente:

(...)

...d) La persona extranjera podría ser responsable de un crimen internacional, de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica y, en particular, de acuerdo con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional.”

Surge la interrogante, ¿puede la sospecha por motivos fundados servir para denegar alguna de estas condiciones? Ambos artículos pecan en cuanto a la vaguedad en la determinación del criterio restrictivo. La existencia de la frase “*motivos fundados*” no es, ni será suficiente para determinar la asociación de una persona con un ilícito. Y, a pesar de esa potestad soberana de que goza el Estado para determinar las condiciones de ingreso, resulta un absurdo jurídico para casos particulares complejos.

Supóngase el caso de un migrante cuya solicitud de refugio o asilo fue denegada por no calificar con un criterio técnico, sin que esto signifique que su vida deje de correr riesgo por haber estado ligado de forma involuntaria con un

grupo que funciona al margen de la ley. Es deber del Estado receptor analizar la situación detalladamente antes de apresurarse a emitir una resolución, a pesar de contar con *motivos fundados* que ligan al particular con un grupo delincencial.

¿Deben estos motivos fundados basarse en una resolución firme, o bastará con una sospecha nacida en virtud de un testimonio aislado? ¿Tiene el afectado derecho a un proceso que determine su implicación con los supuestos que se le atribuyen? ¿Es esta la solución más adecuada para cada caso?

Las consideraciones que tome en cuenta la Administración deben basarse en motivos debidamente comprobados y no en posibilidades y suposiciones. Esto es una máxima en el correcto desenvolvimiento del Estado de Derecho, por lo que la redacción de la norma es sumamente peligrosa, y se convierte en una bomba de tiempo para cometer alguna inclemencia hacia los derechos fundamentales del ya trastornado migrante.

Desafortunadamente, la posición de la Sala Constitucional cae una vez más en el mismo error en que incurre el legislador, y fundamenta la constitucionalidad de las normas en criterios indeterminados, sin establecer un marco conceptual de lo que debe entenderse como tales:

“Sobre el principio de presunción de inocencia debe tenerse claro que lo que implica es que toda persona es inocente hasta que se

pruebe lo contrario, para efectos de imponérsele una sanción, es decir, a nadie se le puede imponer una sanción sin antes haber demostrado que la persona es responsable de la conducta que se le imputa. Así las cosas, en los casos de estos artículos, no se imponen sanciones, sino que se rechaza la condición de refugiado o asilado a quien “podría” ser responsable de un crimen internacional o el rechazo de ingreso a quienes hayan estado “vinculados” a bandas o pandillas delincuenciales. Al respecto, todo lo referente a políticas de ingreso al país o el reconocimiento o no de estatus migratorio, es parte de las facultades del Estado actuando bajo su potestad de establecer una política migratoria (...) Respecto al reconocimiento de la condición de refugiado o la denegatoria de asilo (...) deben existir motivos fundados, lo que supone que la autoridad debe emitir una decisión motivada, de conformidad con los instrumentos internacionales que regulan la materia. El principio de interdicción de la arbitrariedad no legitimaría a la autoridad administrativa a dictar una resolución que no esté fundada o que no sea concordante con los instrumentos relativos a los crímenes internacionales o la criminalidad organizada.”²¹⁸

²¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2005-09618, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veinte de julio del dos mil cinco. Expediente: 05-007009-0007-CO, San José, Costa Rica.

Tal como señalan los magistrados, no se trata de una imposición sancionatoria, pero los efectos que a la postre pueden derivar de una afectación hacia la persona son iguales, el detrimento de su condición humana como consecuencia de una afectación a sus derechos superiores. A pesar del esfuerzo de ésta por establecer el alcance de la norma, no aporta una aproximación terminológica para los vocablos “*podría*” y “*vinculados*”, volviendo a incurrir en el problema de discrecionalidad de la aplicación de la ley, que como se indicó anteriormente, resulta inaceptable con respecto a situaciones que interfieren con derechos fundamentales.

Esta idea ya ha sido expuesta, por lo que no vale la pena ahondar en la posición. Bastará con recalcar que la función discrecional del Estado en materia de derechos fundamentales, es reducida, y cualquier afectación que se produzca en razón de la misma, debe ser inmediatamente reparada.

Volviendo al artículo 110, la interpretación parece llenar el vacío que ha dejado la norma, estableciendo la necesidad de emitir una “*decisión motivada*”. Desgraciadamente no indica si esta decisión debe estar respaldada por una resolución propia de un organismo competente, esto es, una autoridad correspondiente que pueda dar fe de dicho aserto.

Existe un último aspecto a considerar en relación con lo expuesto, y es la relación entre la presunción de inocencia y la dignidad humana. Derecho

reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11 inciso 1):

“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y reconocimiento de su dignidad.”

El contenido de las normas migratorias no puede verse en un entorno en el que su contenido y propósito se vea vaciado por un alto grado de ambigüedad que permita un grado mayor de discrecionalidad. Pues, como se ha dicho hasta la saciedad, éstas se encuentran vigiladas por el ordenamiento jurídico internacional. La violación al principio de inocencia del migrante por el hecho de serlo, es también un detrimento en el ámbito de la dignidad humana, pues estos no merecen ni deben ser tratados como criminales.

Se deniega la oportunidad de ingresar al país, e inclusive la condición de refugio o asilo, a personas a las que se les achaca, no haber cometido supuestos ilícitos, sino simplemente haber estado relacionado con situaciones poco claras o arbitrarias. Escenario realmente particular, pues no se trata de hechos tipificados, por lo tanto no pertenecen a materia punitiva. Tampoco se trata de sanciones penales o administrativas, pero que sin embargo percibe al migrante como un malhechor, y no da cabida a garantías procesales como el derecho de defensa.

En otras palabras, se utilizan criterios de naturaleza punitiva para delimitar la restricción, pero que se desconocen a la hora de realizar la interpretación de las normas. Alega la Sala que no existe violación al principio de inocencia, justificando la intención del legislador en la potestad que tiene el Estado de definir estos criterios en apego al principio de soberanía y determinación de la política migratoria, pero olvida que las potestades no son absolutas, sino que encuentran sus límites en los principios rectores de todo Estado de Derecho, dentro de los cuales se encuentra, entre otros, el mismo principio de inocencia.

Queda demostrado que tanto la intención del legislador, como la interpretación de la Sala se apega en todos sus extremos a la política migratoria que persigue nuestra Nación, corriente que peca de restrictiva y dista de ser armónica con el derecho internacional de los derechos humanos, antepuesta a lo que parecieran ser criterios de mera conveniencia.

Conclusiones.

La noción de derechos humanos varía según las condiciones socio culturales imperantes, sin embargo, queda claro que todo ser humano es titular de estos derechos como condición inherente a su naturaleza. Las características que revisten esta noción, se encuentran ligadas a la idea de dignidad de la persona frente al Estado, por lo que sus fines deben dirigirse al servicio de los administrados.

Consecuencia de esa inherencia, toda persona nace en igualdad de libertades, dignidad y derechos, como parte del carácter universal de los derechos humanos. Estos no son creados por los Estados o convenciones internacionales, los primeros los reconocen y los segundos sirven como mecanismos de control para su resguardo, como parte de la obligación de todo Estado de Derecho de desarrollarlos.

Se trata de aspectos que el Estado no debe transgredir, pero en los que podrá penetrar limitadamente. La protección a los derechos humanos comprende una restricción al ejercicio del poder estatal y es deber del Estado no solo reconocerlos, sino garantizarlos en armonía esa idea de dignidad humana. Por lo tanto, estos no se pierden en el tiempo, ni es posible renunciar a ellos. Las obligaciones de la Administración se encuentran subordinadas éstos, pero esta debe a su vez establecer las limitaciones de esos derechos en resguardo de la

seguridad pública y el bien común.

De este marco conceptual, se desprende como toda norma y garantía fundamental encuentra su contenido en estos derechos, los cuales sirven como protección ante arbitrariedades de la actividad material administrativa y de las consecuencias jurídicas resultado de sus atropellos.

Paralelo a esa naturaleza de toda norma, se encuentran las fuentes que sustentan el importante desarrollo y fortalecimiento del ordenamiento internacional: estas nacen de él y mantienen un rol activo en ese proceso. Sin tratarse de una lista taxativa se encuentran como las más utilizadas los tratados internacionales, considerados la fuente más relevante al otorgar estabilidad al ordenamiento y en vista que estas asienten expresamente las obligaciones señaladas por los Estados parte; el derecho consuetudinario; los principios generales del derecho, que sirven como instrumento de aplicación e interpretación de toda norma; además de otras fuentes auxiliares como la jurisprudencia y la doctrina que ayudan a complementarles.

Tras el desarrollo de la convivencia internacional, los Estados incorporan cada vez más mecanismos dedicados a resguardar derechos en materias específicas, ayudando con esta práctica a uniformar criterios sobre su aplicación. Costa Rica país ha reconocido numerosos instrumentos, adquiriendo responsabilidades sobre los principios establecidos en ellos.

Se entiende también como cada Estado de Derecho debe garantizar la protección de los derechos fundamentales reconociéndoles en un instrumento de jerarquía superior dentro de su ordenamiento. Entre otros derechos tutelados, destacan los derechos vinculados a la idea de dignidad humana, como el derecho a la vida, a ser tratado con igualdad, derechos a la salud y ambiente sano, el derecho a la libertad y a la protección del Estado. Tal como se ha indicado, la interpretación a nivel nacional ha ido más allá de establecer la armonía entre el ordenamiento interno y externo, dotando de primacía a toda norma que otorgue mayores derechos y garantías el derecho humano sin importar el ámbito al que pertenezcan.

Estos derechos, las fuentes que complementan su interpretación y la jerarquía que reviste cada uno de estos, deben ser tomados en cuenta en el contexto de la población migrante. El fenómeno migratorio contemporáneo está rodeado de motivos variados, por lo que las circunstancias de quienes se ven en la necesidad de desplazarse no será voluntaria en todos los casos, y motivo por el cual el establecimiento de una legislación migratoria integral debe suponer la participación de los sectores involucrados con el fin de llegar a la concordia entre el ordenamiento interno y al apego a los compromisos adquiridos a nivel internacional.

Son tres los cimientos en la determinación de la política migratoria integral: el

principio de igualdad ante la ley, el cual parte de un trato bajo las mismas condiciones para toda persona y que permite las reservas calificadas contenidas en el segundo criterio. El régimen especial para extranjeros establece esos derechos y obligaciones del migrante y el Estado; este último debe definir reglas en razón del tercer criterio, el principio de soberanía nacional y libre determinación.

Pero es el régimen para extranjeros el puente que une los otros dos criterios. Este parte de la norma constitucional y se desarrolla en la Ley General de Migración y Extranjería, que debe ser congruente con los derechos fundamentales y las necesidades del grupo que regula. Es responsabilidad de la Administración Pública, garantizar el orden de convivencia social en atención a su fin último de servir al administrado y de mantener un equilibrio en relación a los derechos fundamentales de los mismos, obligación que se encuentra sujeta a controles que eviten un abuso de poder de su parte y que busca por medio de las leyes.

Así, la práctica del aparato estatal debe realizarse en apego a la normativa existente en virtud de los principios de legalidad y reserva de ley, por lo que su proceder es legítimo siempre que exista una norma preexistente que le faculte para actuar. La voluntad general otorga potestades y establece límites el actuar de la Administración, de modo que esta actuará sometida al ordenamiento jurídico, garantizando que todo poder atribuido sea concreto, determinado y no

de cabida a poderes absolutos.

Pero la ley no es capaz de cubrir todos los supuestos, esta puede dejar abierto un nivel de apreciación a favor de la Administración cuando la regulación no se encuentre plenamente definida o carezca de claridad. Esta potestad discrecional debe ejercerse bajo un estricto apego a los principios del debido proceso, con el fin de evitar un actuar arbitrario por parte del Estado, donde todo acto discrecional debe operar en observancia a los límites preestablecidos en la norma.

Además, toda potestad debe ser objeto de un control estricto según se realice hacia un fin distinto al pretendido, no cumpla con el supuesto fáctico establecido, o bien cuando se aleje de los principios generales que dieron sustento a la norma. Las potestades atribuidas en materia migratoria se encuentran dadas por la LGME, misma que atribuye distintas obligaciones al Consejo Nacional de Migración, la Dirección General de Migración y Extranjería, la Policía de Migración y Extranjería y a los llamados Agentes de migración en el exterior.

El actuar de la Administración se encuentra sujeto a restricciones que pretenden garantizar el respeto a derechos fundamentales, los cuales son frecuente mente vulnerados en materia migratoria a causa de la inmadurez del sistema. La posición geográfica de Costa Rica, así como la estabilidad política y las condiciones de oportunidad que brinda su gobierno, le han hecho blanco del

fenómeno de desplazamiento poblacional, situación que le ha llevado a establecer un estricto control migratorio como parte de su política migratoria.

Se ha comprobado como todo Estado tiene autoridad para establecer controles sobre los flujos migratorios y la permanencia de los extranjeros en su territorio. Pero estas políticas públicas no pueden ser arbitrarias o absolutas, sino que se encuentran sujetas a las garantías establecidas en instrumentos de derechos humanos, sin que esto suponga un detrimento de soberanía.

El entorno que ha rodeado el país las últimas décadas ha convenido en la apremiante necesidad de establecer una política migratoria que obedezca a las características imperantes, tomando en cuenta la dinámica de un fenómeno que se encuentra en constante cambio. Una correcta política integral debe analizar la situación en la región, determinando las condiciones entre los países de origen y los receptores, debe tomar en cuenta la posición de los sectores involucrados a fin de armonizar acciones y necesidades, y por último, debe ser acorde con los derechos supremos como garantía de un trato equitativo entre migrante y nacional.

Ésta misión está relacionada con los principales poderes del Estado. El papel del Poder Legislativo tiene la tarea del desarrollo de leyes que garanticen los derechos reconocidos en la Constitución, el Poder Ejecutivo debe velar porque el actuar estatal se apegue a garantías mínimas para los administrados,

propiciar condiciones el respeto de sus derechos y de velar por el cumplimiento de la política migratoria integral, mientras que el Poder Judicial actúa como garante del cumplimiento de los derechos humanos al interpretar y aplicar la legislación. Existen además otros mecanismos de protección para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, los cuales pueden estar dirigidos a la protección de derechos de carácter ordinario, que pueden servir para resarcir de una u otra forma al afectado, o bien, pueden estar destinados a la protección rápida y directa a los derechos fundamentales.

La Administración puede ejecutar actos administrativos aún contra la voluntad o resistencia del obligado y sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar, por lo que este puede ser ejecutado forzosamente pese a la oposición del administrado. La vía de hecho desconoce las normas del debido proceso que avalan la correcta aplicación de las potestades de imperio, lesionando bienes jurídicos de suma relevancia como los derechos humanos, sin embargo, esta coacción administrativa encuentra un límite de aplicación en los derechos humanos, la Constitución y sus principios generales, por lo que su validez estará sujeta a la urgencia y necesidad con que se actúe.

Compete a la DGME llevar a cabo la política migratoria y la correcta materialización de la aplicación de la ley, por lo que también es el mayor responsable de cometer esas afectaciones hacia los derechos de los extranjeros. Paralelamente, la Defensoría de los Habitantes de la República

tiene el deber de velar por proteger los derechos e intereses de los habitantes del país frente a las acciones y omisiones del sector público y, tal como se ha indicado, al Poder Judicial garantizar el cumplimiento de la ley y los derechos humanos.

La jurisdicción constitucional se encarga de garantizar la congruencia entre el ordenamiento jurídico y la Constitución, mientras la jurisdicción contencioso administrativa vela por la legalidad de la actividad de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo. Dentro de las garantías constitucionales se encuentra la jurisdicción del hábeas corpus, que garantiza la libertad de circulación e integridad personal contra actos u omisiones que provengan de cualquier autoridad; como la jurisdicción del recurso de amparo, que pretende mantener o reestablecer el goce de los derechos constitucionales o afines.

La Sala Constitucional reconoce la jerarquía de los derechos fundamentales como el grupo de normas centrales que caracterizan a la Constitución como parte de un ordenamiento superior. Las restricciones o limitaciones relacionadas al goce y ejercicio de estos, no pueden ser aplicadas sino por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Del mismo modo, es prohibida toda injerencia arbitraria, toda restricción a un derecho superior debe estar previsto en la ley, debe fundamentarse en razones de interés general y deben presentarse como necesarias en una sociedad democrática. Su legalidad se encuentra sujeta a la satisfacción de un interés público que

determinará la proporcionalidad a la que se encuentra sometida, y debe además ser la menos gravosa para el afectado.

Pero a pesar de todas estas opciones y garantías puestas a disposición del administrado, existe una alarmante cantidad de infracciones cometidas hacia los derechos humanos de las personas en la región, cuya mayoría es cometida por el aparato estatal. Es aquí donde el papel de órganos internacionales se torna determinante en la protección y resguardo de los derechos humanos, ejemplo de ellos es el papel de la CIDH, la cual desempeña un rol activo al conocer sobre conflictos sobre la aplicación o interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que se encuentra facultada para emitir opiniones consultivas o dictar medidas provisionales ante amenazas contra derechos humanos.

Una legislación acorde con los compromisos adquiridos a nivel internacional, debe evitar llegar a instancias internacionales, no debe dar espacio al uso de términos discriminatorios o diferenciaciones en detrimento de la condición migratoria de quienes, por motivos específicos, se ven obligadas a cruzar la frontera sin la documentación correspondiente. Situación que se agrava cuando estas normas se encargan de establecer los lineamientos generales base del cuerpo normativo.

El Estado tiene la responsabilidad de velar por el correcto desarrollo de la ley y su armonía con los derechos humanos, y si bien una omisión no implica discriminación, tal como ha interpretado la Sala, es frente a supuestos concretos que el éste puede faltar a su deber de protección. Tal como se apuntó, la composición de estos preceptos podrá derivar en la afectación en un problema de xenofobia y discriminación.

De esta forma, los principios de legalidad y reserva de ley son determinantes en relación con la potestad sancionatoria de la Administración, pues no dan cabida a la aplicación de un método analógico que permita algún margen de discrecionalidad que conlleve a eventuales inconvenientes con organismos internacionales.

Tal como se indicó, la libertad de tránsito es considerada como uno de los derechos de mayor jerarquía, por lo que es irrestricta y puede ser cercenada únicamente ante la comisión de un delito grave. Sin embargo, esta condición cambia para los extranjeros, pues su estancia dentro del mismo se encuentra sujeta a condiciones específicas. La restricción administrativa al derecho de transitar libremente, debe darse como última alternativa y ante la necesidad de resguardar la seguridad pública, pues de lo contrario, se atentaría no solo contra este derecho sino contra la dignidad de la persona migrante.

El uso de elementos ambiguos en la norma obliga a la Administración a utilizar

su potestad discrecional. Cuando se trata de un derecho de esta magnitud, esta posibilidad debería ser nula, sin embargo, eso no sucede en el supuesto de la detención administrativa, aún cuando la jurisprudencia ha consolidado dicha posición. Desafortunadamente el enfoque de la Sala no es uniforme, y aunque en algunas situaciones dirige su interpretación a favor de los derechos fundamentales, en otras parece desconocer lo anteriormente dicho, realizando interpretaciones en la dirección contraria.

La medida de la aprehensión será eficaz cuando la ley comprenda mecanismos alternativos para su solución, situación que parece ser tomada en cuenta en el proyecto que se encuentra actualmente en el plenario de la Asamblea Legislativa. Mientras tanto, las violaciones a derechos humanos se encuentran a la orden del día, por lo que resulta imperativo garantizar la correcta aplicación de los principios del debido proceso en la materia.

Se encuentra aquí otro problema en cuanto a la ausencia de mecanismos de impugnación que implican la imposibilidad del administrado a ser escuchado y ejercer su derecho de defensa, situación que rompe el equilibrio que debe existir entre la Administración y el administrado. Si bien es cierto la decisión sobre qué procedimiento puede o no ser impugnado recae sobre el legislador, vale la pena preguntarse si rigen los mismos criterios cuando se trata de la afectación de derechos fundamentales.

El derecho a recibir un trato igualitario ante la ley, el circular libremente por el territorio, y la trasgresión de la legítima defensa, no son los únicos derechos que se ven afectados, el principio de inocencia y la dignidad humana también son presa de la falta de humanidad del legislador.

A pesar que en nuestro país toda persona es inocente hasta que se compruebe lo contrario, se encuentran algunos supuestos en la ley donde el extranjero es valorado como malhechor. Esta situación acarrea un problema a nivel práctico, pues se parte de supuestos donde la ley no exige la comprobación de los hechos que se achacan, y se confiere al servidor público una potestad absoluta y carente de controles.

Los migrantes no son una amenaza para la sociedad, al contrario, una visión integral del fenómeno implica mecanismos de recibo efectivos y compatibles con oportunidades de desarrollo. Partiendo de la existencia de un ordenamiento interno y otro externo, donde la importancia del segundo en materia de derechos humanos ha sido, no solo reconocida por la corriente internacional, sino que el mismo ordenamiento interno le ha dotado de una jerarquía igual o hasta mayor a la norma constitucional, resultaría inaudito pensar en un sistema que desconozca las obligaciones adquiridas con la comunidad internacional. Pero sucede.

Como ha quedado demostrado, tanto el sistema externo como el interno son

propensos a errores, ninguno de los dos es perfecto y por lo tanto se encuentran en una fase de desarrollo constante. Por esta misma razón, se puede afirmar que ambos son perfectibles.

Se ha establecido que si bien la legislación actual puede encontrar equilibrio echando mano de las fuentes que tiene a su disposición en la interpretación de la norma, se topa con una interpretación que deja pasar la oportunidad con justificaciones vagas y hasta contradictorias con la corriente que se había arrastrando en la materia.

También se observa cuán peligrosa resulta la potestad discrecional administrativa, cuando recae sobre ella la responsabilidad de determinar los alcances de una norma ambigua que puede afectar derechos supremos. Se advirtió como esta herramienta debe utilizarse sobre una base de controles estrictos, y cuya elaboración debía ser clara y precisa. A pesar de esto, eso no se da de forma clara en la legislación migratoria, y lo más agravante de todo acontece al chocar con una interpretación de la Sala que brinda justificaciones igual de ambiguas que las establecidas en la norma, olvidando por completo la jerarquía otorgada a los derechos humanos y a los principios fundamentales reconocidos por ellos en convenios internacionales.

Se ha comprobado la hipótesis planteada al inicio de esta investigación, en el sentido de que tanto la ley como la interpretación de la Sala obvian la corriente

contemporánea de derechos humanos, olvidando la jerarquía que estos han adquirido tras procesos bélicos que han dejado su huella en la historia y dando cabida a afectaciones hacia los derechos fundamentales de la población migrante.

La postura tomada por nuestro país, dista de ser integral y desconoce la dinámica de los procesos migratorios, se está ante una política migratoria restrictiva y violatoria del derecho internacional de los derechos humanos y que debe ser corregida en atención a las obligaciones adquiridas por el Estado, pero principalmente, en atención a todas las personas que se encuentran en una postura tan frágil.

Bibliografía y fuentes:

Libros:

- Alemany Verdaguer, Salvador (1984) *Curso de derechos humanos*. (pp. 13-17, 28-62, 89-110) Barcelona, España: Editorial Bosch.

- Atienza Manuel. (2003) *El sentido del derecho*. (pp. 174-176) 2da Edición. Editorial Ariel, España.

- Buergenthal Thomas (1996) *Derechos humanos internacionales* (1a. ed.) Publicación México: Gernika. (S # de Págs.)

- Buergenthal Thomas, Torney Judith V. (1977) *Los Derechos humanos: una nueva conciencia internacional*. Buenos Aires, Arg.: Editora Distribuidora Argentina. (S # de Págs.)

- Dromi José Roberto (1992) *Derecho administrativo. Tomo I*. (pp. 151-163) Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

- Dromi José Roberto (1986) *Introducción al Derecho Administrativo*. (pp. 25-34, 95-107) Madrid España: Editorial Grouz.

- Fix-Zamudio, Héctor (1998) *Liber Amicorum Vol I.* (Comp.) (pp. 45-58, 169-191 y 415-430) San José, Costa Rica: Secretaría de la Corte Internacional de Derechos Humanos.
- Fix-Zamudio, Héctor (1998) *Liber Amicorum Vol II.* (Comp.) (pp. 801-818, 1295-1328) San José, Costa Rica: Secretaría de la Corte Internacional de Derechos Humanos.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (2000) *Curso de derecho administrativo I.* (pp. 431-485, 798-804) Décima ed. Madrid, España. Civitas Ediciones.
- Haba Müller, Enrique Pedro. (2004). *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*, 1 ed. San José, C.R.: Editorial de la Universidad de Costa Rica. (pp. 111-118)
- Herrendorf Danie E. (1991) *Principios de derechos humanos y garantías.* (pp. 99-101, 202-235) Editorial EDIAR S.A., Buenos Aires Argentina.
- Latorre Segura Ángel. (1976) *Introducción al derecho.* (pp. 52-53) 7ma edición. Editorial Ariel, Barcelona, España.

- Jinesta Lobo Ernesto. (1999). *La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa*. (pp. 19-36, 113-131) 1ra Edición. Editorial Guayacán Centroamericana S.A. San José, Costa Rica.
- Martín Claudia, Rodríguez-Pinzón Diego, Guevara B. José. (2004) *Derecho internacional de los derechos humanos*. (Comp.) (pp. 23-47, 79-117) Ciudad México, Universidad Iberoamericana. Distribuciones Fontana S.A.
- Méndez Ramírez Odilón. (1983). *Separación de los Poderes y Libertades Públicas. Derecho Constitucional Costarricense, Ensayos*. (pp. 83-106) Editorial Juricentro, San José.
- Muñoz Quesada Hugo Alfonso. (2000). *Responsabilidad y rendición de cuentas*. Diccionario Electoral, Tomo II. (pp. 1117-1136) CAPEL, IIDH.
- Nikken Pedro (1994) *Antología básica en derechos humanos*. (Comp.) (pp. 11-27, 357-377) San José Costa Rica: Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Nikken Pedro (1987) *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. (1a. ed.) Madrid: Civitas.

- Nikken Pedro (2006) *La garantía internacional de los derechos humanos. Estudios sobre derechos humanos.* (pp. 7-57) Editorial Jurídica Venezuela, Caracas 2006.
- Ortiz Ortiz, Eduardo (1993) *La vía de hecho y la jurisdicción contencioso administrativa.* 1ra Edición. (pp. 1-12, 114-139, 165-202) San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta Lil S.A.
- Ortiz Ortiz, Eduardo (2002) *Tesis de derecho administrativo. Tomo I.* (pp. 70-105) San José, Costa Rica: Editorial Stradtman.
- Varela Quirós, Luis A. (1996) *Las Fuentes del Derecho Internacional.* (pp. 3-23, 67-86, 87-107) Santa Fe de Bogotá, Colombia: editorial Temis S.A.

Memorias y resúmenes:

- ACNUR (2001) Memoria. *III Encuentro de movilidad Humana: Migrante y refugiado* (Comp.) (pp. 241-270) San José Costa Rica: Gossestra Internacional 2001.
- CEPAL, Serie: Población y Desarrollo (2001). *Resumen y aspectos destacados del simposio sobre migración internacional en las Américas.* (Comp.) (pp. 71-78) Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas.

- IIDH (2002). *Ombudsman y derechos humanos de las personas migrantes: procuradurías y defensorías de Derechos Humanos de Centro América*. (Comp.) San José Costa Rica: Editorial Internacional Interamericana de Derechos Humanos.
- IIDH (2002). *Primer curso de capacitación para organizaciones de la sociedad civil sobre protección de poblaciones migrantes*. (Comp.) (pp. 21-63, 47-63, 207-267) San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- IIDH (2004) *Migración y derechos humanos: Reunión de personas expertas*. (Comp.) (pp. 01-60, 135-156, 157-172) San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Regional Network of Civil Organizations for Migration. (2001). *Uncertainty, Chance, and Inequality: A report on the human rights of migrants in situations of arrest, detention, deportation and reception in the Member Countries of the Regional Network of Civil Organizations for Migration*. (Comp.) (pp. 21-63, 207-267) Presented in the Regional Conference on Migration 2001.

Seminarios y Conferencias:

- CEPAL, Serie: Seminarios y Conferencias. (2001). *La Migración internacional y el desarrollo en las Américas. Simposio sobre Migración Internacional en las Américas.* (Comp.) (pp. 451-484) San Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas.

- Leandro Vanesa. 2007. Introducción a la Protección Internacional de Refugiados: El concepto de Refugiados y su relación con otros conceptos. Ponencia. Seminario: Las personas migrantes y refugiadas a la luz de los derechos humanos. Departamento Académico del Colegio de Abogados.

- Leandro Vanesa. 2007. Marco Jurídico Internacional de Protección a Refugiados: Obligaciones Internacionales contraídas por el país en materia de protección a Refugiados. Ponencia. Seminario: Las personas migrantes y refugiadas a la luz de los derechos humanos. Departamento Académico del Colegio de Abogados.

- Merckx Jozef. 2007. Situación de los Refugiados en Costa Rica. Ponencia. Seminario: Las personas migrantes y refugiadas a la luz de los derechos humanos. Departamento Académico del Colegio de Abogados.

- Peraza Breedy Jorge. 2007. Estándares Internacionales para la Definición de una Política Migratoria Integral. Ponencia. Seminario: Las personas migrantes y refugiadas a la luz de los derechos humanos. Departamento Académico del Colegio de Abogados.
- Redondo Daniel. 2007. Legislación Migratoria y Derechos Humanos. Ponencia. Seminario: Las personas migrantes y refugiadas a la luz de los derechos humanos. Departamento Académico del Colegio de Abogados.
- Richard Rodríguez Gabriela, Solano Guzmán Natalia. 2007. Trascendiendo el Marco Jurídico de la Migración. Ponencia. Seminario: Las personas migrantes y refugiadas a la luz de los derechos humanos. Departamento Académico del Colegio de Abogados.
- Serrano Luis. 2007. Aspectos generales de la legislación migratoria costarricense. Ponencia. Seminario: Las personas migrantes y refugiadas a la luz de los derechos humanos. Departamento Académico del Colegio de Abogados.

Glosarios

- OIM (2006). *Derecho internacional sobre migración: Glosario sobre migración N° 7*. (pp. 38, 41) Ginebra, Suiza: Organización Internacional para las Migraciones.

Trabajos finales de graduación:

- Aragón Solórzano, Margarita (2005). *Los adolescentes migrantes nicaragüenses en Costa Rica: entre la migración, la pobreza y la condición de género*. Tesis presentada a consideración del Tribunal Examinador para optar por el grado de Magíster Scientiae en Estudios de la Mujer. Universidad Nacional, UCR, Maestría Regional en Estudios de la Mujer. Costa Rica.

- Brenes Vargas, J. E. , Hernández Hernández, E., Sandí Retana, L., Valerio Montoya, C. (1993) *Evaluación de los procedimientos administrativos migratorios del Departamento de Migración de la Dirección General de Migración y Extranjería de Costa Rica*. Seminario de graduación para optar al título de Licenciatura en Administración Pública. Universidad de Costa Rica, Facultad de Ciencias Económicas, Escuela de Administración Pública.

- Cerdas Mora, S., Ubeda Rivera, G. (1988) *La migración irregular en Costa Rica*. Tesis de Grado para optar al título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

- Chinchilla Sandí, Carlos Alberto (1986). *Discrecionalidad Administrativa en la Ley General de la Administración Pública*. Tesis de Grado para optar

- al título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.
- Del Toro Huerta, Mauricio Iván. (2000). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Sistema Interamericano*. Tesis para obtener título de Licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho.
 - Parra Vargas, Mario (1993) *Las infracciones penales de la Ley general de migración y extranjería: su problemática penal y consecuencias laborales*. Tesis de Grado para optar al título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

Congresos, informes o reuniones y revistas:

- Ferrajoli Luigi. 2001. "Pasado y futuro del Estado de Derecho" Seminario: Cambio de paradigma en filosofía. Fundación Juan March, Madrid. 3 al 5 de abril de 2001.
- López Badillo, Adolfo. (2008) *La migración como un derecho de la persona*. (pp. 25-62) Revista del Centro de Investigación Jurídica Iuretec. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Chihuahua. 1ra Ed. México.

- Marlasca López, Antonio. (1998). Fundamentación filosófica de los derechos humanos. Una perspectiva actual. En el 50 aniversario de la proclamación de los derechos humanos por parte de la ONU: 1948-1998. *Revista Filosofía Univ. Costa Rica*, XXXVI (90) : 561-578.

Documentos electrónicos:

- Cançado Trindade Antonio Augusto. (2001) *Cuadernos de trabajo sobre migración. Elementos para un enfoque de Derechos Humanos del fenómeno de los flujos migratorios forzados*. [en línea] Guatemala: Organización Internacional para las Migraciones. Disponible en:
http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_394381106/cuaderno%20trabajo%20migra%2005.pdf [2007, 23 de octubre]
- Defensoría de los Habitantes de Costa Rica. (2008) *Tercer observatorio - de Derechos Humanos. Informe de labores 2007-2008* [en línea] Costa Rica: Defensoría de los Habitantes de Costa Rica. Disponible en:
http://www.dhr.go.cr/descargas/if07_08.zip

- *Memoria. Foro Regional sobre Derechos Humanos, Refugiados y Migraciones en América Central.* (1996, 28, 29 y 30 de octubre), [en línea] San José Costa Rica: Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos. Disponible en:
http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_394381106/Memoria%20Foro%20Reg%20Ref%20y%20Migra%20AC.pdf [2007, 23 de octubre]

- Nikken Pedro. (2007). *Derecho internacional y Derecho interno en materia de derechos humanos.* [en línea] XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Disponible en:
http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_850222371/Nikken_707101606.pdf [2007, 23 de octubre]

- Picado Sotela, Sonia. (2007, julio). *Los Derechos Humanos: su fundamentación.* [en línea] XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Disponible en:
http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_850222371/Sonia_Picado.pdf [2007, 23 de octubre]

- Procuraduría General de la República, Capacitación: La actuación Administrativa Material. [en línea] Costa Rica: Procuraduría General de la República. Disponible en:
www.pgr.go.cr/capacitacion/agosto_2007/LA%20ACTUACION%20ADMINISTRATIVA%20-ANA.ppt [2008, 29 de setiembre]
- *Programa Interamericano, en el marco de la Organización de Estados Americanos, para la promoción y protección de los Derechos Humanos de los y las Migrantes* (2002) [CD-ROM] Centro Acción de Pro-Derechos Humanos. Documento narrativo. [2007, 17 de mayo]
- Rodríguez Pizarro Gabriela. (2005, setiembre) *El rol de los medios de comunicación en la defensa y promoción de los derechos humanos de los migrantes*. [en línea] II Jornada de actualización y perfeccionamiento para el tratamiento de la noticia sobre temas migratorios en los medios de comunicación masiva. [Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de](http://www.delcri.ec.europa.eu/es/download/PresentacionGabriela_Rodriguez.doc) Justicia. (CONAMAJ) Disponible en:
http://www.delcri.ec.europa.eu/es/download/PresentacionGabriela_Rodriguez.doc [2007, 23 de octubre]

- Rodríguez Vargas, Luis Ricardo. (2001). *El Derecho Natural. Nociones fundamentales y desarrollo histórico*. [en línea] Antología de introducción al Estudio del Derecho 1. Disponible en:
<http://www.comunidad.derecho.org/aulavirtual/natural.html> [2001, 21 de abril]

Bases de datos:

- <http://www.racsa.co.cr/asamblea/proyecto/leyes.htm>: Leyes y decretos legislativos. Asamblea Legislativa. República de Costa Rica.
- <http://www.dhr.go.cr/>: página virtual, Defensoría de los Habitantes, Costa Rica.
- <http://iidh.ed.cr/>: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- <http://www.iom.int/>: Organización Internacional para las Migraciones.
- <http://www.ilo.org/>: Organización Internacional del Trabajo.
- <http://www.ohchr.org/>: ACNUR. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- <http://es.wikipedia.org/>: Enciclopedia Virtual.

- <http://www.migracion.go.cr>: página virtual, Dirección General de Migración y Extranjería, Costa Rica.
- <http://www.iidh.ed.cr/CEDOC/>: Centro de Documentación, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/migrantes/esquema.htm>: Comisión Andina de Juristas
- http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/documentos_publicacion_es-migrantes.htm: Documentos y publicaciones. Centro de Documentación, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Publicaciones periódicas electrónicas:

- Arguedas C., Umaña J. (2007 3 de febrero) Migración detiene 24 indocumentados en hotel El Rey. La Nación [en línea] Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/febrero/04/sucesos983668.html

- AP. (2007, Sala de Redacción 21 de marzo) Costa Rica define cobro para extranjeros. La Nación [en línea] Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/marzo/21/ultima-sr1038940.html

- AP. (2007, Sala de Redacción 24 de enero) Costa Rica combatirá trata de personas con nuevas leyes. La Nación [en línea] Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/enero/24/ultima-sr971936.html

- Presidencia de la República de Costa Rica (2007, 21 de marzo) “*Gobierno presenta nueva ley de migración*” [en línea] Disponible en: <http://www.casapres.go.cr/#>

- Murillo Álvaro. (2007, 22 de marzo) Cobro a migrantes sería menor. La Nación [en línea] Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/marzo/23/pais1040279.html

- Murillo Álvaro. (2007, 8 de febrero) Gobierno propone cárcel por trata de personas. La Nación [en línea] Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/febrero/09/pais989869.html

- Murillo Álvaro. (2007, 21 de marzo) Tráfico de influencias en Migración sería delito. La Nación [en línea] Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/marzo/22/pais1039065.html

- Rojas José Enrique (2007, 1 de abril) País analiza estímulos para atraer trabajadores extranjeros. La Nación [en línea] Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/abril/02/economia1048047.html

- Umaña V., Johan (2007, 24 de enero) Limitarán matrimonios por conveniencia. La Nación [en línea] Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/enero/25/pais972425.html

- Vargas M., Otto (2007, 19 de abril) Migración detectó más de 100 matrimonios por conveniencia. La Nación [en línea] Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/abril/19/sucesos1067140.html

Instrumentos internacionales:

- Carta de las Naciones Unidas.

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

- Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

- Convención sobre el estatuto de los refugiados.

- Convención sobre las convenciones de los extranjeros.

- Convenio sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social.

- Convenio sobre los trabajadores migrantes.

- Convenio relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social.

- Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales en el país en que viven.

- Declaración Universal de Derechos Humanos.

- Declaración y Programa de Acción de Viena.

- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Estatuto del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- CIDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-2/82, del 24 de setiembre de 1982.
- CIDH, *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986.
- CIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999.
- CIDH, *Condición Jurídica y derechos de los Migrantes Indocumentados*. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

- Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas.
- Protocolo sobre el estatuto de los refugiados.

Legislación:

- Asamblea Nacional Constituyente, República de Costa Rica (7 de noviembre de 1949). Constitución Política de la República de Costa Rica.

Disponible en:

<http://www.asamblea.go.cr/proyecto/constitu/const2.htm>

- Código Procesal Contencioso Administrativo, República de Costa Rica (28 de abril 2006). Disponible en:

www.asamblea.go.cr/ley/leyes/8000/8508.doc

- Código de Trabajo, República de Costa Rica (27 de agosto de 1943).

Disponible en: http://www.asamblea.go.cr/ley/leyes/c_trabjo.doc

- Ley general de la Administración Pública. En Gaceta oficial N°: 102 del 30 de mayo de 1978. Disponible en:

<http://www.asamblea.go.cr/ley/leyes/6000/6227.doc>

- Ley general de migración y extranjería. 1 ed. San José, Costa Rica. Setiembre 2006. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Ley de la Jurisdicción Constitucional, anotada, concordada y con jurisprudencia procesal. 2da ed. San José, Costa Rica. Agosto 2001. . Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Reglamento de la Ley General de Migración y Extranjería, del 11 de mayo de 1989. Disponible en:
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0166.pdf>
- Decreto ejecutivo No. 26.634-SP, Reforma al Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería, 1998. Diponible en:
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2456.pdf>
- Decreto ejecutivo No. 29964-G, Reforma al Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería, 2001. Diponible en:
<http://scm.oas.org/pdfs/2008/CEAM/Costa%20Rica/Decreto%20Ejecutivo%20No.%2029.964%20-%202001.pdf>
- Decreto ejecutivo No. 31186-G, Reforma al Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería, 2003. Diponible en:

<http://scm.oas.org/pdfs/2008/CEAM/Costa%20Rica/Decreto%20No.%2031.186%20-%202003.pdf>

- Decreto ejecutivo N° 32696 Reforma Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería, 2005. Disponible en:

<http://www.tramites.go.cr/logros/32696.pdf>

- Decreto ejecutivo N° 33568-RE-MSP-G-J. Reforma Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería, 2006. Disponible en:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/46d69ec62.html>

- Ley de la Defensoría General de la República. 5 de noviembre de 1992. Disponible en:

<http://www.dhr.go.cr/ley.html>

Jurisprudencia:

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2004-09255 de las dieciséis horas con tres minutos del veinticinco de agosto del dos mil cuatro. Exp. 03-007301-0007-CO. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la corte suprema de Justicia. Resolución: 10734-08 de las dieciocho horas del veintiséis de junio del año dos mil ocho. Expediente: 07-015740-0007-CO-V. San José, Costa Rica

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 02771, de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril del año dos mil tres. Expediente: 02-005494-0007-CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2003-06576, de las catorce horas con treinta y cinco minutos del nueve de julio del dos mil tres. Exp: 03-007281-0007-CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2007-13580, de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del diecinueve de setiembre del dos mil siete. Expediente: 06-013174-0007- CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2007007958, de las diez horas y treinta minutos del siete de junio del dos mil siete. Expediente: 07-007740-0007-CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 2313-95 de las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco. Expediente: 0421-S-90. San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2001-13001, de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del diecinueve de diciembre del dos mil uno. Exp: 01-009273-0007-CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2005-09618, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veinte de julio del dos mil cinco. Exp: 05-007009-0007-CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2003-12929, de las catorce horas con treinta minutos del cinco de noviembre del dos mil tres. Exp: 03-011200-0007-CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 3173-93, de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y tres. Exp: 980-M-91, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución:1990-00015 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa. Exp: 89-000287-0007-CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2004-14381, de las diez horas con veinte minutos del diecisiete de diciembre del dos mil cuatro. Exp: 04-010370-0007-CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2003-11712, de las catorce horas con treinta y cinco minutos del quince de octubre del dos mil tres. Exp: 03-010460-0007-CO, San José, Costa Rica.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 2008-000054 de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del nueve de enero del dos mil ocho. Expediente: 07-013395-0007-CO. San José, Costa Rica. En relación con las sentencias 1372-92 y 1440-92.

- Tribunal Contencioso Adm. Sección VI. Sentencia: 00031 de las once horas con quince minutos del seis de junio del año dos mil ocho. Expediente: 03-000941-0163-CA. San José, Costa Rica.

- Tribunal Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Resolución: 00691, de las diez horas con treinta y seis minutos del veintiuno de diciembre del año dos mil siete. Expediente: 02-200958-0431-PE, San Ramón, Costa Rica.